

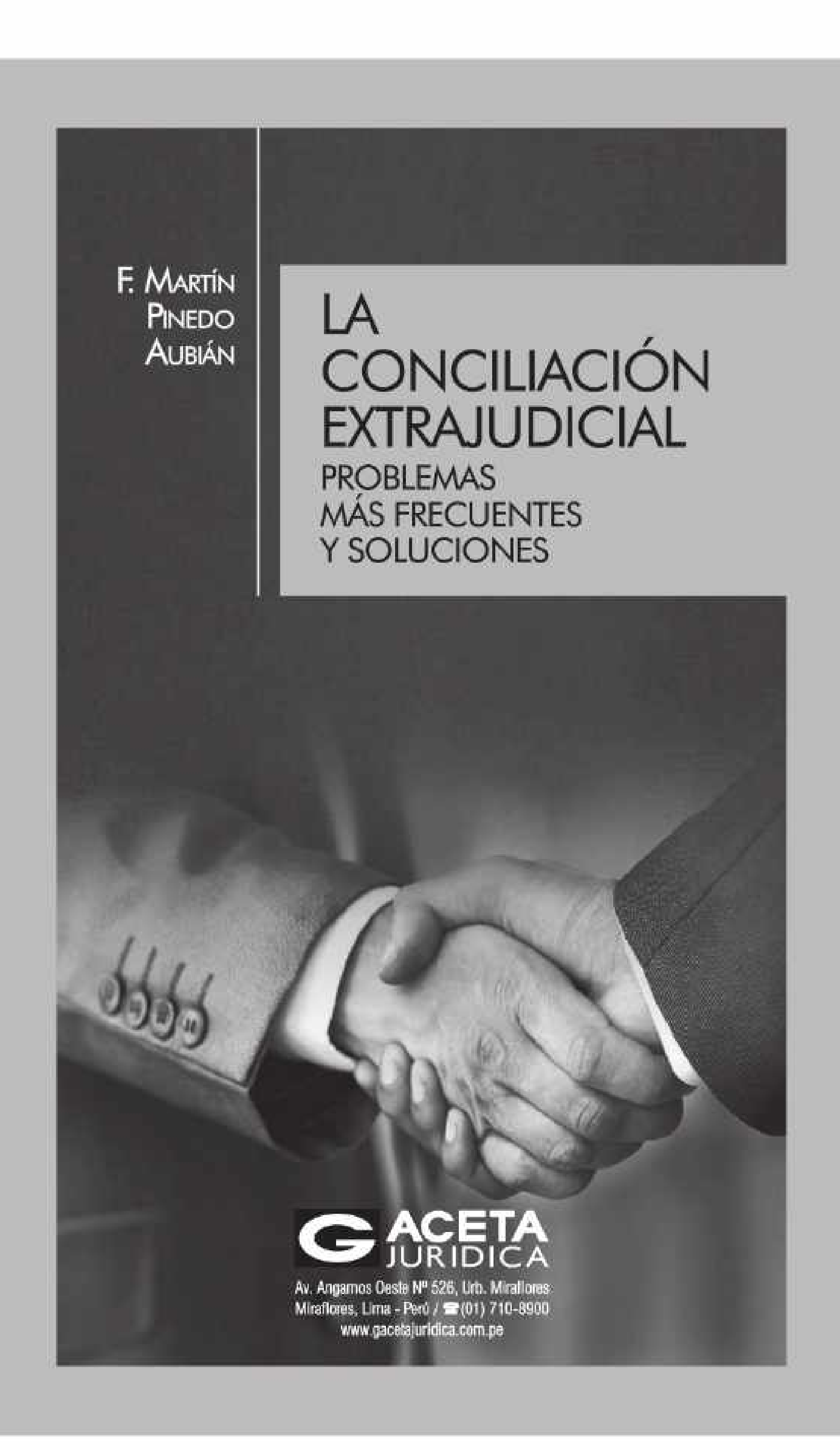
F. Martín
Pinedo
Aubián

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

PROBLEMAS MÁS FRECUENTES Y SOLUCIONES

GACETA JURIDICA

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL
Problemas más frecuentes y soluciones


F. MARTÍN
PINEDO
AUBIÁN
LA
CONCILIACIÓN
EXTRAJUDICIAL
PROBLEMAS
MÁS FRECUENTES
Y SOLUCIONES
GACETA
JURIDICA
Av. Angamos Oeste Nº 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

345.727 Pinedo Aubián, F. Martín, 1975-
P59 La conciliación extrajudicial : problemas más frecuentes y soluciones / F. Martín Pinedo Aubián.-- 1a ed.-- Lima : Gaceta Jurídica, 2018 (Lima : Impr. Edit. El Búho).
566 p. : il. ; 18 cm.

Incluye referencias bibliográficas.
D.L. 2017-14848
ISBN 978-612-311-500-5

1. Conciliación (Derecho procesal civil) - Perú 2. Gestión de conflictos - Aspectos legales - Perú 3. Conciliación (Derecho procesal civil) - Formularios I. Gaceta Jurídica (Lima) II. Título

BNP: 2017-2980

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL
Problemas más frecuentes y soluciones

Primera edición: diciembre 2017
4050 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2017-14848
ISBN: 978-612-311-500-5
Registro de proyecto editorial
31501221701154

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Lucy Morillo Olivera

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE Nº 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetacivil.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto Nº 201, Surquillo
Lima - Perú
Diciembre 2017
Publicado: enero 2018

PREFACIO

"Por los tenebrosos rincones de mi cerebro, acurrucados y desnudos, duermen los extravagantes hijos de mi fantasía, esperando en silencio que el arte los vista de la palabra para poderse presentar decentes en la escena del mundo.

Fecunda, como el lecho de amor de la miseria, y parecida a esos padres que engendran más hijos de los que pueden alimentar, mi musa concibe y pare en el misterioso santuario de la cabeza, poblándola de creaciones sin número, a las cuales ni mi actividad ni todos los años que me restan de vida serían suficientes a dar forma".

Gustavo Adolfo Bécquer

(Introducción a *Rimas y leyendas*)

Coincidentemente, con el vigésimo aniversario de la promulgación de la Ley Nº 26872 es que sale a la luz este libro, que no es otra cosa que el resultado de años de investigación y crítica a la institución de la conciliación en el Perú, y que comenzaron en mis últimos años como estudiante en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en años en los que conocí el tema fuera de las aulas universitarias pues la ley de conciliación era de reciente aprobación y no existían muchas referencias entre los catedráticos de derecho procesal civil en ese entonces.

Resulta curioso que el camino recorrido inicialmente se plasmó en una tesis (*La conciliación extrajudicial en el Perú: análisis de la Ley Nº 26872 y perspectivas de su eficacia como medio alternativo de resolución de conflictos*, Lima, 2003), la cual fue aprobada por unanimidad con recomendación de publicación, pero diversas circunstancias –como la modificación del marco normativo, por ejemplo– impidieron que se pudiera efectuar la publicación de los resultados de esa investigación; aunque ello no fue impedimento para seguir investigando en un tema que me apasiona hasta el día de hoy, ejerciendo de manera ininterrumpida la labor de capacitador principal en temas de conciliación extrajudicial reconocido por el Ministerio de Justicia junto con la de colaborador (desde el año 2003) en la prestigiosa revista *Actualidad Jurídica* de la editorial Gaceta Jurídica, y que posteriormente fue abarcando otras publicaciones. Estas labores desarrolladas de manera paralela (a las que se debe añadir la labor como conciliador y como

abogado) me permitieron madurar –y a veces reelaborar– muchas ideas respecto a la forma como funciona y se implementa la institución de la conciliación así como tener el privilegio de contar con una tribuna en donde defender estas ideas y propuestas de mejora del sistema.

Provengo de una generación de fines del siglo pasado en la que la formación profesional estuvo orientada estrictamente para el litigio, y esta idea –novedosa en su momento- de intentar resolver ciertos conflictos en un ambiente extraprocesal, no era de mayoritaria aceptación ni entre buena parte de catedráticos ni egresados ni estudiantes, para la única forma *legítima* de resolver las controversias era poniendo en movimiento la maquinaria del proceso a fin de que sea el juez el que decida de manera definitiva el asunto controvertido luego de un largo y tedioso proceso. Pero resulta interesante anotar que el empleo del Poder Judicial para la resolución de conflictos en un Estado democrático es una forma relativamente *nueva* –con poco más de doscientos años de existencia– si la comparamos con otras formas de resolución de conflictos que han sido empleadas a lo largo de la historia.

Progresivamente se ha ido entendiendo en la comunidad jurídica que no todos los problemas pueden ser resueltos de manera eficiente por el órgano jurisdiccional, el cual presenta una serie de problemas tan conocidos (sobrecarga procesal, excesiva morosidad, percepción de corrupción, demasiado formalismo, por mencionar algunos de sus principales problemas), y es así que en un primer momento han sido los propios usuarios del sistema formal de administración de justicia los que han comenzado a emplear mecanismos *alternativos* de resolución de sus controversias, siempre en la búsqueda de soluciones rápidas y eficientes, que signifiquen una menor inversión de tiempo y de recursos. Luego han sido los propios Estados los que han comenzado a reconocer esta incapacidad de poder resolver todos las controversias que se someten a su conocimiento, debido a lo cual se han encargado de implementar un marco normativo fuerte que promueva el empleo de estas formas alternativas de solución y se piense en el proceso como última ratio.

Pero no debe pensarse –como señalan los detractores de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos– que estos mecanismos han sido implementado exclusivamente para lograr la reducción dramática de la carga procesal y que al no verse una descongestión del despacho judicial entonces ha fracasado su implementación, idea de por sí totalmente errada. Debe verse más allá del simple utilitarismo, pues el fin que se persiguió desde el inicio fue el de propiciar el establecimiento de una *cultura de paz*, que no es la ausencia de conflicto –lo cual es utópico– sino proporcionar a los ciudadanos mecanismos dialogados y directos que les permitan resolver sus controversias de manera eficiente, sin vencedores ni vencidos, debiendo actuar la resolución judicial de las

controversias únicamente para aquellos casos en los que la voluntad de las partes y el apoyo de un tercero imparcial y neutral no sea suficiente para ayudar a resolver sus diferencias.

A veinte años de implementación de la Ley Nº 26872 es fácil advertir una serie de marchas y contramarchas respecto del norte que debe guiar su implementación, más aún cuando nos encontramos frente a una serie de problemas en cuanto a su aplicación que no habían sido previstos por el legislador originario, pero que ahora son tangibles y presentan un reto y una oportunidad valiosa para afinar y mejorar el sistema en su conjunto. El camino ha sido sinuoso y no siempre correcto, pero estamos frente a la posibilidad de aprender sobre lo avanzado y corregir la trayectoria. Para ello se necesita de la verdadera unidad de los operadores públicos y privados, debiendo construirse puentes y no muros. El siguiente paso natural debe ser la generación de una lectura común entre los operadores de la conciliación y los operadores jurisdiccionales, habida cuenta que la conciliación depende de un Poder Judicial que complemente la adecuada ejecución de las actas con acuerdo o califique correctamente el cumplimiento del requisito de procedibilidad.

La presente obra tiene una estructura que parte del análisis de la conciliación por diversos temas:

Analizamos la posibilidad de conciliar extrajudicialmente un conflicto no exteriorizado en vía de prevención (capítulo 1). También analizamos la evolución histórica y normativa de la conciliación en el Perú (capítulo 2) así como la coincidencia de objetivos entre el empleo de la conciliación extrajudicial y el derecho de acceso a la justicia como formas de resolución de conflictos (capítulo 3). Luego, se desarrolla la relación que tienen con la conciliación tanto el principio de la autonomía de la voluntad (capítulo 4) como el acto jurídico (capítulo 5).

Se realiza un extenso análisis sobre la vigente y complicada regulación de las materias conciliables (capítulo 6) así como un análisis crítico al procedimiento conciliatorio (capítulo 7). También se tratan los efectos de cosa juzgada de las actas de conciliación (capítulo 8) y se analiza el empleo de la conciliación extrajudicial como forma especial de conclusión de un proceso civil (capítulo 9). Procedemos a mostrar un panorama general sobre el valor de las actas de conciliación extrajudicial y su ejecución (capítulo 10).

Abordamos un estudio sobre los centros de conciliación (capítulo 11), los conciliadores extrajudiciales (capítulo 12), así como el régimen de sanciones para conciliadores y centros de conciliación (capítulo 13). Efectuamos un breve paralelismo acerca de la intervención de los sujetos en el proceso judicial y en el procedimiento conciliatorio (capítulo 14) y formulamos sugerencias para

superar el deficiente tratamiento normativo de la representación en el procedimiento conciliatorio (capítulo 15).

Tratamos acerca de matrimonios, uniones de hecho y conciliación extrajudicial en familia (capítulo 16) y la posibilidad de incurrir en omisión de asistencia familiar por incumplimiento de acuerdos conciliatorios sobre alimentos (capítulo 17). También analizamos las modificaciones incorporadas al Código Procesal Civil por la Ley Nº 30293 y su incidencia en la conciliación intraproceso (capítulo 18), así como el nuevo marco normativo a emplearse en la resolución de conflictos con el Estado (capítulo 19) y la colisión normativa existente en la Directiva que regula el accionar de los operadores de la conciliación (capítulo 20), para culminar tratando sobre la conciliación y el arbitraje de consumo como formas de tutela del consumidor en el Perú (capítulo 21).

Luego del desarrollo de estos temas, y a manera de guía básica, presentamos un caso práctico a fin de poder verificar la forma de cómputo de los plazos en el procedimiento conciliatorio así como la redacción de los principales documentos sobre la base de los formatos a ser empleados en todo procedimiento conciliatorio.

La parte final está compuesta por un anexo conteniendo la principales normas legales –evidentemente, no pueden estar todas– que regulan la conciliación en el Perú.

Es difícil tratar de mencionar a todas las personas que nos brindaron su apoyo en algún momento de este largo camino. Entre los maestros quiero agradecer al Dr. Ulises Montoya Alberti, quien al momento de ser asesor de tesis compartió su vasta experiencia a fin de darle forma definitiva a dicha investigación inicial. De igual forma, expresar mi agradecimiento al Dr. Aníbal Sierralta, que me permitió tener un primer acercamiento con la mediación y la conciliación y que proporcionó muchos consejos cuando apenas tenía una idea sin forma. También al Dr. Pedro Coronado, que pudo complementar la labor de análisis legal. Asimismo, al Dr. Rafael Jaeger, que en su condición de profesor de Historia del Derecho me enseñó a mirar al pasado para comprender el presente e intentar mejorar el futuro. Y, finalmente, al Dr. Juan Espinoza, a cuya acertada sugerencia fue que comencé a escribir artículos de divulgación. A todos ellos, mi respeto, admiración y agradecimiento.

A los apreciados colegas Renzo Cavani, Federico Mesinas y Franco Montoya, que en algún momento tuvieron que revisar parte de los artículos publicados en Gaceta Jurídica, algunos de los cuales forman parte de esta obra. También mi gran agradecimiento a Manuel Torres por la confianza, así como la edición tan pulcra y las sugerencias para el título definitivo de la obra.

No quiero desaprovechar en agradecer a mi socia Fabiola Navarro, así como a mis queridos amigos y compañeros de jornadas académicas Luis Felipe Galindo, Jaime Abanto, Christian Stein, Rocío Peñafiel, Christian Ladrón de Guevara, Ana Villegas, Richard Almeyda, Víctor Trauco y Heraclio Tapia. También a mis queridos amigos de la Facultad: Luis Alberto León, César Mendoza, Justo Pizarro, Gustavo Oré, Jorge Muñoz y Víctor Mayorga. Si omito algún nombre –con el consabido riesgo de parecer ingrato al dejar de elaborar una lista muy extensa– pido disculpas; solo debo decir que todos de alguna manera fungieron de íntimos y eficaces colaboradores, ya que con sus palabras de estímulo y apoyo, y a veces también de regaño, pudieron crear y mantener en mi la fuerza necesaria para culminar esta difícil tarea.

Finalmente, agradecer a mis queridos padres Paquito y Mama Haydeé por el privilegio de tenerlos a mi lado, a mi hijo Sebastián, a mi amorosa Llenci, a mis hermanos María, Isabel, Ana, Vilma y Mario y a toda mi familia, a los que al haberles robado muchas horas de mi presencia y dedicación, espero que el orgullo que puedan llegar a sentir por el autor de esta modesta obra pueda compensar mis grandes ausencias. Si existe algún acierto rescatable, el mérito es de todos nosotros, mas si hubiera algún error que corregir, la culpa es solamente mía.

F. Martín PINEDO AUBIÁN

CAPÍTULO I

ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE CONCILIAR EXTRAJUDICIALMENTE UN CONFLICTO NO EXTERIORIZADO EN VÍA DE PREVENCIÓN



CAPÍTULO I

ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE CONCILIAR EXTRAJUDICIALMENTE UN CONFLICTO NO EXTERIORIZADO EN VÍA DE PREVENCIÓN[1]

"Las relaciones humanas se encuentran llenas de conflictos, lo que constituye la regla, no la excepción".

Joseph M. Strayhorn Jr.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace cierto tiempo se ha venido hablando y difundiendo la idea de poder resolver en vía de prevención los conflictos jurídicos mediante acuerdos preventivos que implican el empleo de actas de conciliación extrajudicial en las cuales se establezca, de mutuo acuerdo entre las partes, la aplicación de soluciones a potenciales conflictos que puedan surgir en el desarrollo de su relación jurídica, siendo además que dichos acuerdos han sido logrados al amparo de la autonomía de voluntad de las partes y de conformidad con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Ciertamente, el modelo prevalente de solución de conflictos en nuestra sociedad ha sido el de enmarcarse dentro de un escenario jurisdiccional, con su característica de ser eminentemente adversarial, en donde el juez resuelve el conflicto dentro de un proceso judicial al amparo del *ius imperium* y haciendo efectiva dicha función por la aplicación de la tutela jurisdiccional efectiva invocada por una de las partes mediante su demanda.

En ese sentido, ha resultado un tema interesante para muchos (aunque también no menos controvertido para pocos), abordar la posibilidad de

(1) La versión original de este trabajo fue elaborado conjuntamente con César Mendoza Valdivieso y publicado originalmente como: "¿Prevenir o resolver? ¡He allí el dilema!: acerca de la posibilidad de conciliar extrajudicialmente un conflicto no exteriorizado en vía de prevención". En: *Revista Jurídica del Perú*. Nº 122, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2011, pp 301-317.

conciliar extrajudicialmente materias en las cuales no ha existido un conflicto exteriorizado en la realidad –que es llamado comúnmente **conflicto real**–; más aún si el marco normativo vigente considera expresamente a la conciliación extrajudicial como un mecanismo alternativo de **solución** de conflictos[2], asumiendo que esta definición subsume únicamente a los llamados **conflictos exteriorizados** o **reales** aunque, como es evidente, la función de **resolución** llevaría intrínseca la de **prevención**, puesto que no hay que olvidar que el empleo de la conciliación extrajudicial persigue un rol pedagógico de educación ciudadana en la cual se fortalecen los valores éticos y morales de la sociedad, lo que supone finalmente dar crédito a la palabra empeñada y con ello fortalecer la denominada **buena fe de las partes**, situación que supondrá además la consecución de una convivencia social en armonía.

Así las cosas, para las personas ajenas al tema de la conciliación y del uso de los medios alternativos de solución de conflictos en general, el tema podría zanjarse, a partir de una visión limitada, de manera muy simplista, haciendo una diferenciación entre la **prevención** y la **resolución** de un conflicto, afirmando que solo pueden resolverse conflictos exteriorizados mas no podría emplearse la conciliación como mecanismo de prevención de conflictos toda vez que no habría conflicto, o al menos, no se encuentra exteriorizado, porque aceptar esta posibilidad significaría desnaturalizar la institución conciliadora[3]; y, en ese orden de ideas es evidente que tampoco podría conciliarse conflictos que no se encuentran debidamente acreditados con documentación que sustenten su existencia previa, situación por demás anecdótica y que ciertamente sí originaría un conflicto, por la indefensión a la que se encontrarían expuestas las partes en dicho escenario. Por lo que resulta evidente entonces, que si bien son bienvenidos los aportes y críticas constructivas sobre el tema objeto de estudio, también es necesario señalar que la falta de conocimiento integral del conflicto, como fenómeno social propio de las relaciones humanas, puede conllevar a realizar afirmaciones inapropiadas sobre la materia.

Por ello, el conflicto debe ser estudiado desde una perspectiva teórica en lo que respecta a su dinámica, evolución y solución, siendo que el enfoque legal a veces resulta insuficiente para explicar este fenómeno, debiendo

---

(2) Así, los artículos 1 y 5 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación emplean la denominación **mecanismo alternativo de solución de conflictos**, asimismo, el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Conciliación aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS habla del acuerdo conciliatorio como una forma de **solucionar** sus diferencias.

(3) Cfr. GARCÍA AUQUI, Rudy Adolfo. "Las mal denominadas 'actas de conciliación preventivas' y la desnaturalización de la conciliación extrajudicial". En: *Actualidad Jurídica*. N° 195. Gaceta Jurídica. Lima, febrero de 2010, pp. 83-91.

recurrirse a un enfoque multidisciplinario mucho más profundo que permita advertir, en esencia, lo que es conflicto.

Sobre la base de lo expresado se hace necesario, entonces, señalar que para efectos de delimitar la aplicación de la conciliación como mecanismo de **prevención** y/o **resolución** de conflictos, se debe determinar con mayor precisión cuándo nos encontramos frente a una situación de conflicto y si es (o no) totalmente necesario que aquel se encuentre exteriorizado en una franca y abierta situación de colisión de derechos, para encontrarnos recién habilitados para el empleo de los acuerdos preventivos vía la conciliación extrajudicial.

II. SOBRE LA DINÁMICA PROPIA DEL CONFLICTO

Antes de afirmar o negar categóricamente la posibilidad de conciliar un conflicto no exteriorizado en la realidad primero debemos definir qué se entiende por conflicto y cuál es su dinámica de acción, ello con el fin de llegar a conclusiones y definir posiciones.

1. El conflicto

En términos generales, cuando dos o más personas tienen intereses contrapuestos sobre un mismo bien o derecho, nos encontramos ante el surgimiento de un conflicto, el cual puede ser definido como la lucha entre dos partes, la contraposición de intereses frente a determinadas situaciones o pretensiones y en la que estas partes no ceden, produciéndose un enfrentamiento o colisión de derechos o pretensiones y que generalmente se presenta como un proceso interrelacional que, como tal, nace, crece, se desarrolla y puede a veces transformarse, desaparecer y/o disolverse y otras veces permanecer relativamente estacionado. Esta situación se da entre dos o más partes, entendiendo por partes a personas individuales, grupos pequeños, comunidades o gremios; pero también puede darse entre dos grupos, entre una persona y un grupo, etc., en el que predominan las interacciones antagónicas sobre las interacciones atrayentes[4].

Los conflictos son aquellas situaciones en las cuales los intereses de las partes o sus necesidades no son coincidentes pero sí interdependientes toda vez que se percibe que la satisfacción de los intereses de una parte significará –inevitablemente– la no satisfacción de los intereses de la otra parte, de manera que su satisfacción dependerá de la conducta que las partes adoptan

(4) SUARES, Marinés. *Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Paidós, Buenos Aires, 1996, pp. 78, 79.

mutuamente. Así, cualquier situación en la cual existan diferencias de intereses unida a la relación de interdependencia es potencialmente generadora de conflicto.

Si intentamos complementar la definición elemental de lo que debemos entender por conflicto, podríamos afirmar que es un hecho, situación o pretensión realizada por una parte y que es percibida por otra parte como contraria a la satisfacción de sus **intereses**(5), lo que origina un comportamiento a la defensiva en protección de dichos intereses propios representado en las **posiciones**(6) que adoptan las partes.

El elemento de la **percepción**(7) resulta importante en la apreciación de todo conflicto toda vez que no siempre lo que hacen los demás va dirigido a perturbar o perjudicar los intereses de uno mismo, pero es la percepción y el posterior acto de **atribución**(8) de ese acto como dañino o potencialmente perjudicial a nuestros intereses lo que va a generar que se piense que hay conflicto, entendido el mismo como contraposición de intereses; o como decía Shakespeare: "nada es bueno o malo, sino que el pensamiento es lo que hace que las cosas sean buenas o malas"; o dicho en otras palabras, una misma situación puede ser concebida por algunas personas como un conflicto, de variable intensidad, y para otras la misma situación no será conflicto en lo absoluto, dependiendo de estos factores altamente subjetivos como son la percepción y atribución.

(5) El término **interés** pertenece al aspecto subjetivo de las partes y es lo que realmente desean obtener cada una de estas en una situación conflictiva, lo que hace referencia a una necesidad no negociable de las partes en conflicto que debe ser satisfecha si ha de llegarse a una solución duradera. Se encuentran conformados por los sentimientos, necesidades, deseos y peticiones que sustentan a las posiciones, en otras palabras, son las razones por las cuales las partes presentan las mencionadas soluciones.

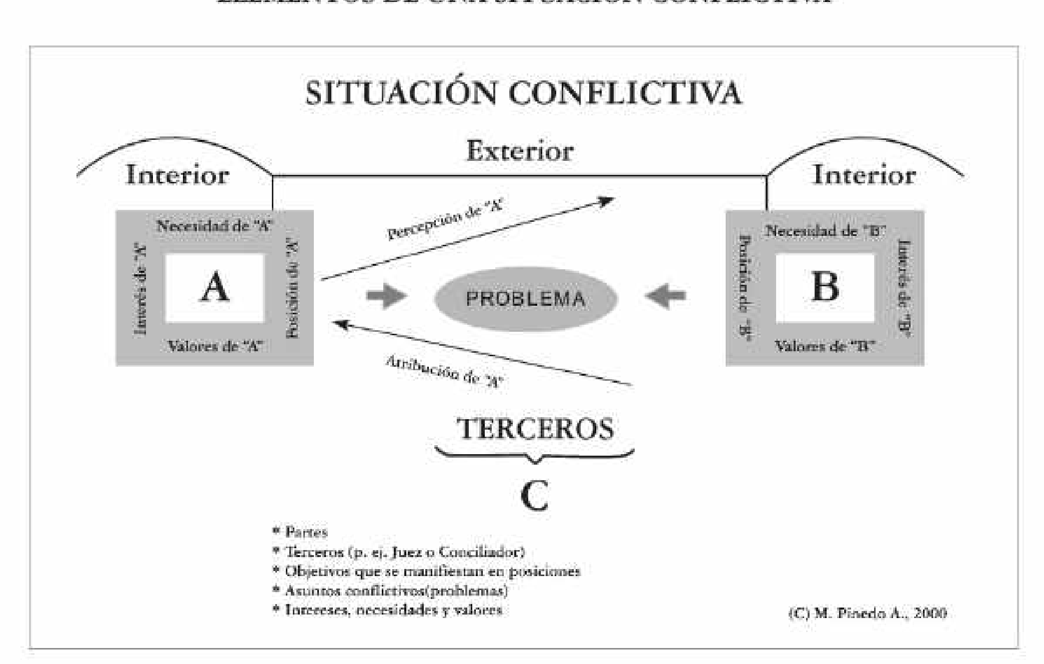
(6) El término **posición** debe ser entendido como el aspecto de una relación conflictiva que es susceptible de apreciarse, es decir, la forma como las partes se presentan y actúan en una situación conflictiva. Se encuentra conformado por los requerimientos, exigencias, demandas y argumentos planteados inicialmente por las partes ante un conflicto.

(7) La **percepción** es, en esencia, una actividad meramente sensorial por medio de la cual el ser humano toma conocimiento del entorno mediante la participación de los sentidos. Según Salvador Carrión, la percepción es un proceso interno que selecciona la información según la especialización del sujeto o sistema representacional dominante, existiendo varias modalidades de percepción de la realidad: visual (predomina la modalidad visual y estructuran sus pensamientos prevaleciendo las imágenes), auditivo (los pensamientos se construyen con palabras y sonidos) y kinestésico o sensorial (que basan sus construcciones mentales por las sensaciones que perciben), no significando que esos tipos sean exclusivamente visuales, auditivos o kinestésicos, sino que dan más valor a los impactos llegados por su canal preponderante, relegando a un segundo término los accedidos por el resto, puesto que la información que no pertenece a su canal preponderante pasa completamente desapercibida y es como si para ellos no existiera. Cfr. CARRIÓN LÓPEZ, Salvador. *Inteligencia emocional con PNL*. 2ª edición, EDAF, Madrid, enero 2002, p. 59.

(8) La **atribución** es la representación interna que consiste en el acto valorativo que el sujeto hace de la información percibida, atribuyéndoles un valor intrínseco debido a su actividad cognoscitiva, que puede ser coincidente o no con la realidad. De ordinario se afirma que tanto percepción como atribución operan casi simultáneamente.

Claro está, además, que operan otros elementos que van a determinar que un sujeto considere que se encuentra inmerso en un conflicto aparte del sentimiento de afectación de los intereses propios, puesto que también tenemos a la jerarquía de necesidades(9) y la propia escala de valores, que en la medida que se sientan como afectados van a condicionar su posterior comportamiento (ver gráfico N° 1).

GRÁFICO N°1
ELEMENTOS DE UNA SITUACIÓN CONFLICTIVA



2. Espectro del conflicto

Según Roque Caivano, cuando una situación es percibida y sentida como conflicto, dependiendo de la intensidad de la percepción de la afectación, podemos hablar del **espectro del conflicto**, el mismo que está compuesto por seis etapas que van aumentando en intensidad y cada una de ellas mal manejada, inadecuadamente resuelta o directamente irresuelto puede escalar en la siguiente o escalar otras etapas hasta llegar al último escalón, sin

(9) Según Dale Carnegie, casi todos los adultos normales quieren: 1) la salud y la conservación de la vida; 2) alimento; 3) sueño; 4) dinero y las cosas que compra el dinero; 5) vida en el más allá; 6) satisfacción sexual; 7) el bienestar de los hijos; y 8) el sentido de la propia importancia. Cfr. CARNEGIE, Dale. *Cómo ganar amigos e influir sobre las personas*. Mayo 2008, pp. 42-43.

embargo, no se trata de una secuencia lineal inevitable. Las etapas que conforman el espectro del conflicto son:

a) **Leves diferencias.** Las disputas entre las personas generalmente se suscitan por pequeñas diferencias, con una limitada colisión de intereses. Si estas diferencias no han sido manejadas adecuadamente, de manera comprensiva, amigable y colaborativa, esta etapa puede escalar en el nivel siguiente.

b) **Desacuerdos.** Al haber leves diferencias irresueltas estas pueden quedar latentes y presentes en la memoria como referencia frente a futuras diferencias. Así, frente a otra discusión saldrán a relucir y producirán una escalada en una mayor polarización de opiniones, adaptando posiciones en la comunicación fluida y productiva y cada parte se centre en su posición, probablemente se producirá un estancamiento. De ahí que la intervención de un tercero neutral podría ayudar a evitar el riesgo de escalar al siguiente nivel.

c) **Disputas.** El fracaso en resolver los desacuerdos usualmente produce una interacción más activa de las partes y las discusiones se tornan más acaloradas, las percepciones de uno frente al otro más negativas, la comunicación más accidentada y las posiciones más obstinadas. En general las partes buscan ganar y que la otra pierda.

d) **Campañas.** Si las etapas anteriores no han sido resueltas, las partes pueden comenzar a involucrar más participantes en él. La disputa pasa de ser privada a ser pública, y las partes buscan aumentar su poder frente a la otra buscando aliados. Al tomar estado público, las instituciones y medios de comunicación pueden hacer eco del conflicto presionando o influyendo en una de las partes o actuar de determinada manera. Es de mencionar que al incluirse más participantes, el proceso de comunicación se complica así como la toma de decisiones, pues todos tienen una postura, opinión o interés en determinado sentido.

e) **Litigios.** En esta etapa las partes continúan con sus posturas adversariales y son obligadas por la ley o por la autoridad a derivar la solución de su conflicto a un tercero. Sin embargo, cuando la solución del tercero no satisface a alguna de las partes pueden llegar estas a la última etapa.

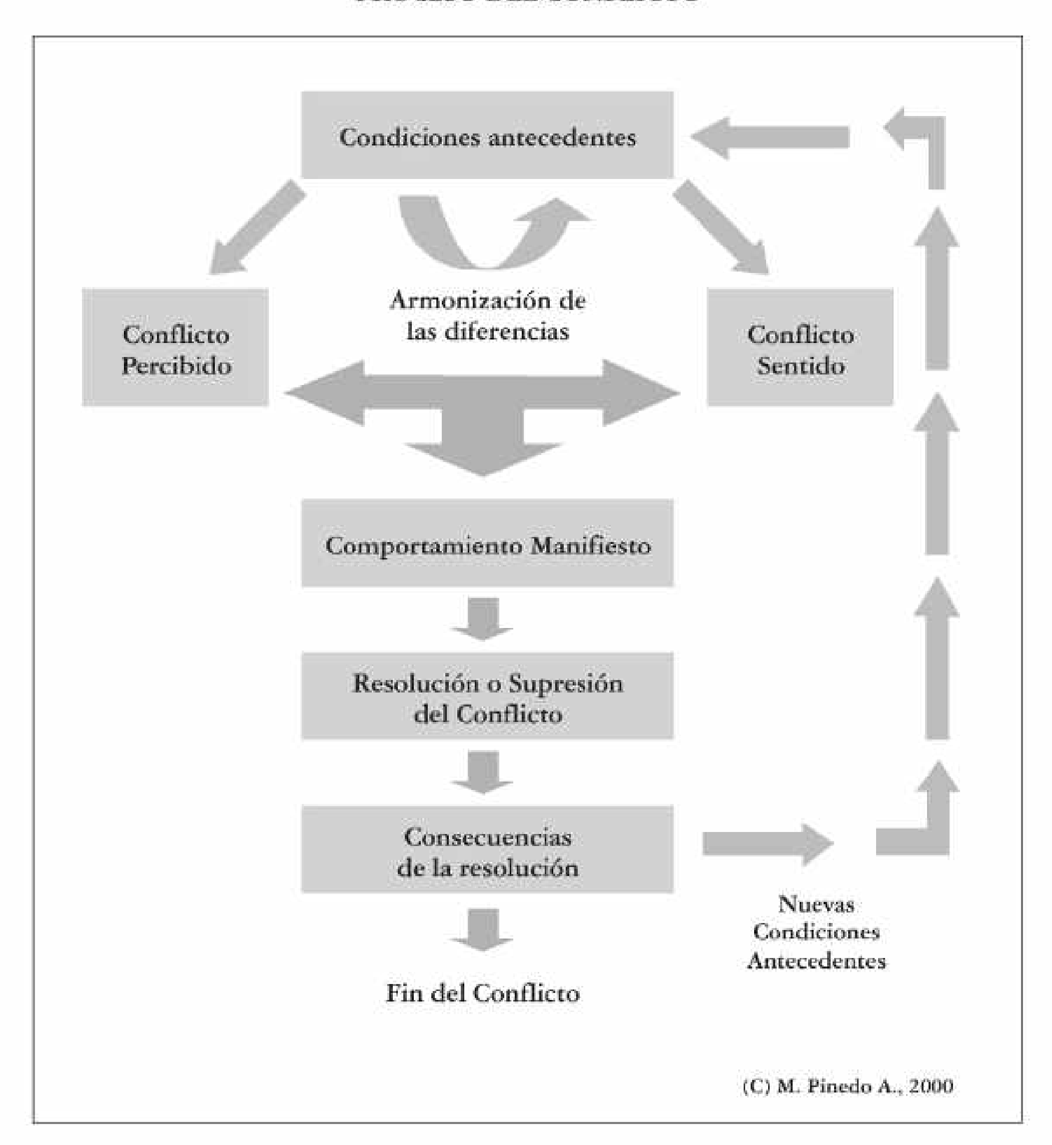
f) **Peleas o guerras.** Esta última etapa se caracteriza por la presencia de violencia física o psicológica y de sentimientos inspirados en dañar o destruir al otro.

3. Proceso del conflicto

Todo conflicto no puede ser visualizado como un acontecimiento estático, sino que debe ser concebido como un proceso dinámico y, por lo tanto, en su desarrollo existen fases por las que va a transcurrir, las cuales van a condicionar su posible futura resolución. Estas fases son (gráfico Nº 2):

GRÁFICO Nº 2

PROCESO DEL CONFLICTO



a) **Condiciones antecedentes.** Aunque las condiciones antecedentes pueden ser consideradas como la situación previa al surgimiento del conflicto real y que puede ser considerada como la situación preferida a la que se aspira retornar luego de ocurrido el conflicto; consideramos que podrían ser entendidas también como las situaciones de conflicto interno previa al surgimiento del conflicto exteriorizado, que equivaldrían a una **acumulación de tensión** entre los actores del conflicto, y que se manifiesta en los hechos y situaciones que ocurren entre las partes como parte de un proceso de comunicación y relacionamiento entre estas, como equivalente de pequeñas diferencias que se van acumulando. Aquí podemos sostener que determinados conflictos poseen un largo historial de situaciones previas que se van acumulando en el fuero interno de las partes intervinientes (o al menos en una de ellas) y condicionan fuertemente su posterior ocurrencia, bastando solamente un acto, situación o pretensión para que se manifieste con toda su fuerza, el mismo que visto de manera aislada no justificaría su posterior estado conflictivo.

b) **Armonización de las diferencias.** Por otro lado, la existencia de estas diferencias generadas a nivel de acumulación de tensión no llevan necesariamente a la exteriorización del conflicto, ya que las partes pueden llegar a lo que se denomina **armonización de las diferencias**, que es un proceso por el cual nos encontramos frente al descenso brusco del nivel de tensión acumulada y que evita que el conflicto trascienda el fuero interno de las partes y se exteriorice en la realidad. Esta reducción del nivel de tensión se da por actos voluntarios de una o ambas partes involucradas destinados a tratar de conducir el relacionamiento por caminos menos conflictivos sin tener que esperar a que se exteriorice el conflicto. Afirmamos que en esta etapa podrían emplearse mecanismos pacíficos de resolución de conflictos tendientes justamente a evitar un desenlace negativo. Por ejemplo, una pareja de esposos que tiene un relacionamiento negativo que presenta diferencias entre ellos y va acumulando tensión, pero cuyo nivel es reducido abruptamente con un acto como intentar conversar pacíficamente sobre el curso que lleva la relación o simplemente llevándole un ramo de flores a la esposa o preparando la comida favorita del esposo con la finalidad de reducir la tensión acumulada en la relación.

c) **Conflicto percibido.** Aquí las partes, mediante la actividad sensorial, perciben determinadas actitudes y comportamientos de su contraparte como contrarias a la satisfacción de los intereses propios,

lo que posteriormente será considerado como una agresión directa, siendo que la armonización de las diferencias no ha servido para reducir el nivel de tensión entre las partes. Como ya se ha señalado, esta percepción puede ser real o podría encontrarse distorsionada debido a problemas de percepción lo que nos llevaría a hablar de conflictos inexistentes, toda vez que la percepción tiene como característica el ser un comportamiento subjetivo condicionado por modelos de conductas preestablecidos y, por lo tanto, que forma parte del pensamiento interno del sujeto.

d) **Conflicto sentido.** Seguimos en el ámbito interno de la persona, quien luego de percibir determinada situación casi simultáneamente, mediante un acto valorativo de lo percibido, culmina sintiendo y asumiendo dicha situación como atentatoria a la satisfacción de sus intereses propios. Sería el equivalente al acto de **atribución**, es decir, le otorgo cualidades intrínsecas negativas al acto percibido anteriormente y eso va a condicionar mi posterior desempeño. En otras palabras, se comienza a exteriorizar una respuesta ante las actitudes de la contraparte que han sido percibidas como contrarias a nuestra posición y que se encuentran basadas en sentimientos producidas por ira, temor o rechazo.

e) **Comportamiento manifiesto.** Una vez que se ha percibido un hecho como contrario a los propios intereses, y se ha sentido ese hecho como una potencial agresión, la consecuencia lógica siguiente será la de exteriorizar por parte del sujeto una respuesta a esa conducta y que sea percibida por la contraparte como un acto por repeler sus actos que a criterio del sujeto vulneran o amenazan sus intereses. Aquí podemos hablar ya de la exteriorización del conflicto.

f) **Resolución o supresión del conflicto.** En esta etapa se incluirán todas las formas mediante las cuales las partes intentarán poner fin al conflicto, tales como la autotutela, autocomposición o heterocomposición. Así, existirán formas de supresión del conflicto en las que una de las partes impondrá su voluntad sobre la otra mediante el empleo de la violencia, o irán en búsqueda de una solución dialogada entre ellas la que puede ser realizada de manera directa o mediante la participación de intermediarios, o dejarán que un tercero imponga la solución mediante un acto de decisión.

g) **Consecuencias de la resolución.** Finalmente, el acto de resolver el conflicto podrá poner fin efectivamente a la situación de conflicto manifestada, lo que asegurará la futura perfecta convivencia de los

individuos; o por otro lado, de no haber sido resuelto de manera adecuada, servirá de condición antecedente para el surgimiento de un potencial nuevo conflicto.

Como se puede apreciar, entonces, todo conflicto tiene un aspecto interno y un aspecto externo o exteriorizado, y en ese sentido, no existiría impedimento para que en cualquiera de sus facetas se pueda emplear mecanismos pacíficos de resolución de conflictos con la finalidad de dar solución a las controversias (potenciales o reales) que se puedan presentar entre los individuos, visión que busca justamente, el restablecimiento –o, en su caso, el mantenimiento– de la armonía social dentro de una cultura de paz.

III. ¿LA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL ES IDÉNTICA A UNA DEMANDA JUDICIAL (O VISCEVERSA)?

El Código Procesal Civil establece una serie de requisitos para estar legitimado para accionar en sede judicial mediante la interposición de una demanda judicial. Así, se habla de los **presupuestos procesales**, que son los requisitos esenciales para la existencia de una relación jurídica procesal válida. Quien ejercita su derecho de acción y lo viabiliza a través de una demanda debe cumplir con un conjunto de requisitos al momento de su interposición. Algunos de estos requisitos son de forma y regularmente consisten en la obligación de acompañar anexos a la demanda o acompañar a esta de algunas formalidades que la hagan viable. Por otro lado, hay algunos requisitos llamados de fondo porque son intrínsecos, es decir, están ligados a la esencia de la demanda como acto jurídico procesal. Así, identificar con precisión la pretensión, precisar la calidad con que se demanda, plantear debidamente una acumulación. Tanto uno como otro, conforman lo que en doctrina se conoce con el nombre de **requisitos de la demanda**, que es otro **presupuesto procesal** de singular importancia y determinante, como los otros, para el establecimiento de una relación jurídica procesal válida.

Así como los presupuestos procesales presentes en un proceso permiten asegurar la existencia de una relación procesal válida, las **condiciones de la acción** hacen viable un pronunciamiento válido sobre el fondo. En doctrina suele aceptarse pacíficamente que son parte de las condiciones de la acción, el interés para obrar y la legitimidad para obrar. El **interés para obrar** o interés procesal es, básicamente, un estado de necesidad; cuando una persona tiene una pretensión material, antes de convertirla en pretensión procesal puede, se encuentren o no regulados, realizar una serie de actos destinados a procurar satisfacer su pretensión antes de iniciar el proceso, desde solicitar, invocar, rogar, requerir, exigir, apremiar o amenazar al obligado. Se dice que hay interés para obrar cuando la persona ha agotado los medios para satisfacer su

pretensión material y no tiene otra alternativa que no sea recurrir al órgano jurisdiccional. La **legitimidad para obrar**, llamada también legitimidad sustantiva o *legitimatio ad causam*, es cuando se tiene o se cree tener un conflicto de intereses o una incertidumbre con relevancia jurídica susceptible de ser convertida en pretensión procesal; es empezar un proceso o seguirlo haciendo participar como parte demandante a la persona o todas las personas que deben tener tal calidad y como parte demandada a la o las personas que les corresponda tal calidad[10].

Pero en la conciliación extrajudicial ser parte implica más que estar legitimado bajo los criterios que operan para el proceso civil. De manera general podríamos afirmar que no cualquier persona está facultada para presentar su solicitud de conciliación, sino que solamente podrá hacerlo quien esté legitimado para ello. Ahora bien, esta legitimación implicaría, sin ningún tipo de inconveniente, que quien sea parte del conflicto (sea parte primaria o secundaria) podrá presentar su solicitud de conciliación en tanto la conciliación es una forma de resolver conflictos. El problema surge si intentamos precisar quién sería parte del conflicto, y la definición de **parte del conflicto** es más amplia que **parte procesal**, puesto que una persona natural o jurídica puede presentar una solicitud de conciliación si tiene algún interés en la solución del conflicto, es decir, si el conflicto la involucra o afecta de manera directa o indirecta. En otras palabras, en términos estrictamente procesales puede haber carencia de una legitimidad para iniciar una acción legal en relación con el tema controvertido al no poder aportar pruebas de su existencia, pero atendiendo a la dinámica propia de la conciliación extrajudicial sí se podría presentar una solicitud de conciliación, toda vez que se es parte del conflicto por el papel que cumple en la dinámica que se presenta en la situación conflictiva. Por ejemplo, cuando ante el abandono de uno de los padres, los tíos podrían solicitar el establecimiento de un régimen de visitas a favor de su sobrino, o cuando queremos cobrar una deuda de la cual no tenemos documento alguno que la acredite, ya sea porque se extravió o simplemente porque no existe al ser una deuda contraída de manera verbal.

En la conciliación es importante que el conciliador identifique quiénes son las parte del conflicto, y para hacerlo debe desligarse de los conceptos procesales que rigen para definir quién es parte (procesalmente hablando), ya

(10) Resulta importante diferenciar el esquema imperante en la *justicia profesional* del que se aprecia a nivel de la *justicia de paz*, en el cual se tiene como una de sus características la oralidad, toda vez que se concibe que la finalidad del proceso debe ser la búsqueda de una solución eficaz e inmediata del problema, pues el cumplimiento de las formalidades del proceso no es un fin *per se* ya que está íntimamente ligado a las personas que participan en el mismo. Cfr. AQUINO OJEDA, María Elena. *La justicia de paz negada*. Imprenta Editorial Punto Com. Huancayo, 2010, pp. 18-19.

que en este caso la conciliación va más allá porque lo que se busca es resolver el conflicto integralmente y no solamente el conflicto jurídico.

Debemos poner énfasis en que la conciliación no constituye un método que reemplace a la intervención judicial, pero en atención a la materia o a las condiciones personales de los involucrados puede que resulte una vía más factible. La intervención judicial y el arbitraje tienen en común la resolución de la disputa por parte de un tercero que actúa pruebas aportadas por las partes, y dicha resolución se hace ineludiblemente de un modo adversarial con la consecuencia casi siempre nefasta de un ganador y un perdedor, a diferencia de la conciliación que pone énfasis en el restablecimiento del proceso de comunicación entre las partes y de las relaciones a futuro, así como la coincidencia de voluntades como presupuesto esencial para intentar resolver el conflicto.

En este sentido, el maestro italiano Mauro Cappelletti señalaba que la justicia conciliatoria –como expresión de una alternativa frente a la justicia tradicional– no tendía a resolver el conflicto en forma tajante dando la razón a una u otra de las partes, sino de una manera más pacífica, siendo una forma de justicia coexistencial para quienes deben luego seguir conviviendo, una *wormer way of disputes*, esto es, una forma más cálida para resolver las disputas entre quienes se procuraba salieran de la resolución en buenas relaciones, sin vencedores ni vencidos, y preconizaba un sistema diferente al de la justicia tradicional y burocrática[11]. A opinión del maestro italiano había que *"dérregularizar, délegalizar, déprofesionalizar" (sic)*, buscando soluciones simples, equitativas y de avenimiento.

Aunque también recordemos que los límites para someter una controversia a conciliación están puestos en razón de la materia cuando se encuentran involucradas cuestiones de orden público. La noción de *orden público* alude a todos aquellos aspectos controvertidos que no pueden ser acordados libremente por los particulares y que al ser imperativamente regulados por la ley, de sólito, deben ser resueltos mediante un obligatorio pronunciamiento jurisdiccional, lo que los excluye de ser considerados como materias conciliables, conforme lo señala el artículo 7-A de la Ley de Conciliación.

IV. NATURALEZA DE LOS DOCUMENTOS RELACIONADOS CON EL CONFLICTO: SON ANEXOS Y NO MEDIOS PROBATORIOS

Cuando el vigente Reglamento de la Ley de Conciliación, Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS, señala en el numeral 4 del artículo 14 que a la

(11) *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, Exposición de Motivos.* Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Montevideo, 1988, p. 67.

solicitud se debe acompañar **copias simples del documento o documentos relacionados con el conflicto**[12], nótese que no habla de medios probatorios, solo de documentos relacionados con el conflicto, los cuales tienen la calidad de anexos y que solo servirán para fundamentar, documentariamente, los hechos señalados en la solicitud y en consecuencia servirán para reforzar la posición de las partes.

Habría que señalar que no todo anexo servirá como medio probatorio puesto que según la regulación del artículo 425 del Código Procesal Civil algunos anexos servirían para probar situaciones tan distintas como la representación legal del demandante, o sustentar el petitorio[13]. Pero recordemos que en la conciliación no se actúan medios probatorios de ningún tipo puesto que no es el conciliador, sino las partes las que deciden el fondo de la controversia en ejercicio de su autonomía privada.

Muchas veces cuando se presentan documentos como pruebas de las situaciones que se presentaron hace que las partes se focalicen en discusiones basadas en derechos y lo escrito en ellos, y cuando el conflicto se convierte en una discusión de derechos nos limita llegar a las razones por las cuales se originaron los mismos.

Sobre el tema de qué documentos se deben exigir a las partes al momento de calificar la recepción de una solicitud de conciliación, lo que se debe tener presente es que los documentos deben ser los mínimos desde un punto de vista formal, y si no se aportan sería imposible iniciar el procedimiento ya que estos documentos resultan esenciales como en el caso de las

(12) Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS:
"Artículo 14.- Anexos de la solicitud de conciliación.- A la solicitud de conciliación se deberá acompañar:
(...)
4. Copias simples del documento o documentos relacionados con el conflicto".

(13) Código Procesal Civil:
"Artículo 425.- Anexos de la demanda.-A la demanda debe acompañarse:
1. Copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante;
2. El documento que contiene el poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado;
3. La prueba que acredite la representación legal del demandante, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas;
4. La prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses y en el caso del procurador oficioso;
5. Todos los medios probatorios destinados a sustentar su petitorio, indicando con precisión los datos y lo demás que sea necesario para su actuación. A este efecto acompañará por separado pliego cerrado de posiciones, de interrogatorios para cada uno de los testigos y pliego abierto especificando los puntos sobre los que versará el dictamen pericial, de ser el caso; y
6. Los documentos probatorios que tuviese en su poder el demandante. Si no se dispusiera de alguno de estos, se describirá su contenido, indicándose con precisión el lugar en que se encuentran y solicitándose las medidas pertinentes para su incorporación al proceso".

personas jurídicas que necesariamente deben presentar la inscripción registral así como el documento que contiene la representación legal y la respectiva vigencia de poder; en el caso de conciliación de menores de edad que sean padres de familia se debe presentar la partida de nacimiento del padre y del hijo, ya que en esos documentos se informa quiénes son los padres y acreditando el entroncamiento nos encontramos frente al cese de incapacidad regulado por el artículo 46 del Código Civil. En los conflictos sobre derechos reales que requieran legalmente registro, como el caso de los inmuebles o propiedad vehicular, son documentos fundamentales la partida registral conteniendo la inscripción ya que solo con ellos se identifica el propietario (aunque recordemos que nuestro sistema registral es declarativo y no se exige la inscripción). Otro caso lo tenemos en el caso de herederos, que para iniciar un procedimiento conciliatorio sobre división y partición, necesariamente deberán presentar los documentos que los acreditan como herederos declarados y en consecuencia que son titulares plenos de sus derechos sobre la masa hereditaria.

Pero precisamos una idea fundamental: una cosa son los documentos referidos a la capacidad de las partes y al acto de disposición de derechos, los que resultarían mínimos para calificar la solicitud de conciliación y otra cosa muy distinta son las pruebas. Así, las pruebas no son fundamentales en la conciliación porque las partes no buscan convencer al conciliador respecto de la veracidad de sus afirmaciones ya que aquel no decide el fondo de la controversia, ni busca la verdad jurídica, solo guía el procedimiento conciliatorio. Recordemos que la conciliación es una institución consensual que reposa en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes conciliantes(14), las que conciliarán solo si es que ambas lo desean, independientemente que existan o no documentos probatorios de por medio, y si el legislador permite que las personas dispongan de los conflictos que concilian es porque no requieren probarlos ya que pueden renunciar a ellos, toda vez que es una característica de la conciliación la posibilidad de encontrarnos frente a renuncias unilaterales o bilaterales. Por otro lado, si hablásemos de pruebas al interior del procedimiento conciliatorio, estas resultarían inconvenientes para el manejo de la conciliación ya que si tenemos en cuenta que buena cantidad de conciliadores son abogados, muchos de ellos podrían tender a guiar la conciliación dependiendo de la forma en que las pruebas se presentan y las entiende el conciliador, afectándose su imparcialidad.

(14) Sobre la relevancia del principio de la autonomía privada en la conciliación extrajudicial se puede consultar: PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "¡Te obligo porque te conviene!: autonomía de la voluntad, conciliación extrajudicial y ampliación de la territorialidad de la obligación de concurrir al procedimiento conciliatorio". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 198, Gaceta Jurídica. Lima, mayo de 2010, pp. 90-101.

En este aspecto, la diferencia sustancial de la conciliación con el proceso judicial radica en que en este último se persigue encontrar la denominada **verdad jurídica**, puesto que es principio procesal que toda parte que afirme o niegue algo debe probarlo mediante la actividad probatoria según el principio de la **carga de la prueba**[15], y esta actividad probatoria está orientada a causar certeza en el juzgador, la misma que servirá para fundamentar su decisión al momento de que este expida su fallo[16]; por el contrario, en la conciliación no existe actividad probatoria toda vez que el tercero llamado conciliador no decide el fondo de la controversia, sino que ayuda a las partes a intentar resolver el conflicto guiando para tal efecto el desarrollo del procedimiento y específicamente de la audiencia de conciliación, y son las partes las que si lo desean van a decidir resolverla, no importando si existen documentos relacionados con el conflicto.

También es pertinente precisar que el Reglamento de la Ley de Conciliación hace expresa constancia a la remisión de copias simples de la documentación, no exigiendo remitir los documentos originales ni copias legalizadas o certificadas de dichos documentos relacionados con el conflicto en la media que no se trata de medios probatorios. En este sentido, si de flexibilidad en temas de familia se trata, sería interesante volver a adoptar una disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 13 del derogado primer Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 001-98-JUS que señalaba que en los casos de familia y de aquellos asuntos cuya cuantía no exceda de 10 unidades de Referencia Procesal, los centros de conciliación de manera gratuita darán fe de la autenticidad de los documentos originales, sin necesidad dejar copia.

V. ¿SERÁ EXIGIBLE SIEMPRE ACREDITAR EL CONFLICTO?

El marco legal vigente que regula la conciliación extrajudicial contempla la exigencia de acreditar la existencia del conflicto[17], mandato que se satisface mediante la presentación de la copia simple de los documentos relacionados con aquel. Sin embargo, esta exigencia legal resultaría inviable para cierto

(15) Código Procesal Civil:
"Artículo 196.- Carga de la Prueba.-Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos".

(16) Código Procesal Civil:
"Artículo 188.- Finalidad.- Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones".

(17) Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo N° 014-2008-JUS:
"Artículo 56.- De las obligaciones del centro de conciliación.- Sin perjuicio de lo previsto en el presente Reglamento, los centros de conciliación se encontrarán obligados a: (...)
48. No admitir a trámite un procedimiento conciliatorio sin la existencia previa de un conflicto (...)".

tipo de conflictos que requieran de una solución en vía conciliatoria como pasamos a mencionar muy sucintamente.

1. Conflictos sin documentación sustentadora

En el caso de conflictos entre vecinos ocasionados por actos de perturbación, o en el caso de un préstamo de dinero efectuado de manera verbal como consecuencia de un alto grado de amistad o familiaridad no nos encontraríamos en posibilidad de cumplir con acreditar documentadamente la existencia del conflicto toda vez que sería imposible en este caso adjuntar los documentos respectivos porque simple y llanamente no existen.

Por otro lado recordemos que, en algún momento, los centros de conciliación gratuitos del Ministerio de Justicia, orientados a atender a personas de escasos recursos –que, de ordinario, recurren a la oralidad como característica de sus relaciones económicas–, se llegó a suplir esta ausencia documental mediante la suscripción de **declaraciones juradas**, situación ahora imposible pues se ordena ahora seguir exigiendo que se presente algún tipo de requerimiento para acreditar documentalmente el conflicto, lo que evidencia un apego a la visión procesal de la resolución del conflicto en tanto se exige algún tipo de documento que acredite lo manifestado por el solicitante respecto de la existencia del conflicto.

Recordemos que en el caso de los contratos verbales estos contienen obligaciones en las que el marco legal no exige cumplir con algún tipo de forma, siendo la forma *ad probationen*, es decir, la forma solamente serviría para acreditar en un eventual y posterior proceso judicial la existencia del acto jurídico mas no se sanciona la inobservancia de determinada forma escrita al no estar pre establecida en el marco legal. En este supuesto, pensar que no existe la controversia entre vecinos o no existe la deuda porque no se puede adjuntar a la solicitud un documento que la acredite significa desconocer la realidad de buena parte de las transacciones comerciales que se producen en la sociedad además que evidencia dejar de lado la presunción de buena fe de los conciliantes reemplazándola por una permanente mala fe respecto de que la inexistencia de documentos relacionados con el conflicto significaría únicamente la inexistencia de aquel.

Además, como señala Hernando de Soto, los contratos extralegales sobre propiedad sustentan a casi todos los sistemas de propiedad y son parte de la realidad de todo país, y como lo recuerda Richard Posner, la propiedad es una construcción social, lo que significa que los acuerdos sobre propiedad funcionan mejor cuando las personas han alcanzado un consenso acerca de cómo

ser dueños de activos y sobre reglas que rigen su uso y su intercambio; por ello en el Tercer Mundo los contratos sociales extralegales prevalecen por un motivo comprensible: han sido más eficaces que la legislación formal a la hora de construir el consenso vigente sobre cómo deben ser gobernados los activos. Sostiene que un derecho no necesariamente tiene que haber sido definido por la normatividad formal para ser legítimo, bastando que un grupo de personas apoye con fuerza un determinado acuerdo para que este sea sostenido como derecho y defendido contra la ley formal(18).

2. Formalización de acuerdos

Una situación similar la tenemos en los casos en que las partes deciden resolver sus controversias mediante acuerdos informales, ya sean verbales o plasmados en documentos privados. Pensamos que no existiría ningún inconveniente para que dichos acuerdos sean formalizados mediante la suscripción de un acta de conciliación, la que daría mayor fuerza a estos acuerdos atendiendo al valor que la ley le da al acta, que es título ejecutivo de naturaleza extrajudicial(19) (similar a una sentencia en cuanto a sus efectos), y que en caso de incumplimiento se pasaría directamente a su ejecución, evitando las molestias de transitar por las etapas de un proceso cognitivo (etapas postulatoria, probatoria, decisoria e impugnatoria). Por ejemplo, la formalización del pago de la pensión alimenticia que ya venía dándose de manera informal mediante un acuerdo verbal entre los excónyuges, o un acuerdo verbal entre arrendador y arrendatario a fin de que se cumpla con la restitución de la posesión del bien inmueble, o ampliando el plazo de vigencia del contrato de arrendamiento vencido o se proceda al reconocimiento y pago de las mejoras(20).

En estos supuestos, mediante labores de prevención, las partes deciden por un lado evitar la judicialización del fondo de la controversia en caso de que esta se produzca y, por otro, deciden someterse directamente a las reglas

(18) Cfr. DE SOTO, Hernando. *El misterio del capital*. Empresa Editora El Comercio, Lima, noviembre, 2000, pp. 198-199.

(19) En realidad, el artículo 18 de la Ley de Conciliación sigue consignando que el acta de conciliación con acuerdo es título de ejecución, pero atendiendo a las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo N° 1069 al Código Procesal Civil, que ha unificado las reglas del proceso de ejecución, se ha derogado la figura de los título de ejecución, y el vigente artículo 688 del Código adjetivo señala que solo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial, por lo que en la práctica las actas de conciliación se encontrarían subsumidas dentro de los títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial.

(20) Este tema ha sido desarrollado de manera más amplia por César Mendoza Valdivieso en lo que denomina "Acta de conciliación extrajudicial preventiva", pudiéndose consultar sus interesantes artículos: MENDOZA VALDIVIESO, César. "El Procedimiento Conciliatorio Preconflicto. El acta de conciliación extrajudicial preventiva". En: *Actualidad Jurídica*. N° 171, Gaceta Jurídica Lima, febrero de 2008, pp. 76-80; también: "Los acuerdos preventivos o preconflicto a propósito del allanamiento del arrendatario previsto en la Ley N° 30201". En: *Actualidad Civil*. N° 21, Instituto Pacífico, marzo de 2016, pp. 42-51.

del proceso de ejecución de resoluciones judiciales, lo cual les evitaría –por lo menos a la parte perjudicada por el incumplimiento– transitar por un largo proceso judicial para llegar a obtener una sentencia. Esta figura no solo beneficiaría a las partes involucradas en el acto de resolución sino también de manera indirecta al Poder Judicial ya que no tendría participación en el desarrollo de un proceso destinado a la búsqueda de la verdad jurídica, sino que solamente actuaría como un ente encargado de ejecutar acuerdos únicamente en caso de que estos se incumplan, coadyuvándose a la descarga del despacho judicial.

3. Pretensiones determinables

Por otro lado, recordemos que en el procedimiento conciliatorio no todo conflicto deberá ser acreditado, porque existe la posibilidad que este conflicto no sea planteado en la solicitud de conciliación sino en la audiencia de conciliación respectiva, en lo que se conoce como **pretensión determinable**[21]. En este sentido, el artículo 7 del Reglamento si bien es cierto no define lo que es una pretensión determinable, únicamente señala que **no existe inconveniente para que en el desarrollo de la conciliación, las partes fijen distintas pretensiones a las inicialmente previstas en la solicitud.**

En este sentido es preciso señalar que esto implica la posibilidad de ampliar la pretensión original contenida en la solicitud, y que puede darse tanto por parte del solicitante como por el invitado a conciliar durante cualquier momento del desarrollo de la audiencia de conciliación. Esta es una característica de la conciliación extrajudicial en la medida que como conciliadores no estaremos en capacidad de delimitar perfectamente los temas que componen el conflicto o controversia teniendo como única guía la pretensión contenida en la solicitud de conciliación, razón por la cual al momento de identificar los problemas que se intentarán resolver existirá la posibilidad de incorporarse otras controversias existentes y que podrían configurarse en condiciones antecedentes del conflicto que determinarán su solución. En este caso, el acuerdo conciliatorio deberá referirse también a estas últimas, y nótese que no se exige que estas pretensiones sean probadas documentadamente, a pesar que serían consideradas también como conflicto, el mismo que

(21) De manera simple, podemos afirmar que la *pretensión determinada* es la que se plantea por el solicitante en la solicitud de conciliación, y la *pretensión determinable* puede ser planteada por cualquiera de las partes –solicitante e invitado– en el momento que se desarrolla la audiencia de conciliación. A fin de conocer de manera más amplia sus características y diferencias recomendamos la lectura del siguiente artículo: PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "¿... Y eso es conciliable?: la vigente (y complicada) regulación de las materias conciliables en la Ley de Conciliación Extrajudicial". En: *Revista Jurídica del Perú*. Nº 116. Lima, octubre de 2010, pp. 283-315.

no es planteado en la solicitud de conciliación, sino durante el desarrollo de la audiencia conciliatoria.

4. Otros supuestos de prevención

4.1. ¿Qué sucede cuando una demanda es declarada infundada?

Luego del desarrollo de un proceso judicial, el juzgador deberá resolver si la demanda debe ser estimada y, por ende, ser declarada fundada, siendo que en estos casos se declara la existencia de existencia de un derecho vulnerado el cual es reparado en una sentencia estimativa; pero cuando una demanda es declarada infundada, el juzgador ha valorado que esta carece de fundamento legal y, por ende, se establece que nunca existió afectación de derecho alguno; y es justamente dicha valoración la que evidenciaría que el sistema jurisdiccional del Estado, permite sin decirlo de manera directa, la posibilidad de que se inicien procesos judiciales únicamente por la percepción del conflicto en una de las partes, vale decir, que dicha parte ha puesto a consideración del órgano jurisdiccional su visión del conflicto, pero que al ser contrastada con la realidad evidencia que el conflicto nunca existió para el derecho y en todo caso el conflicto se quedó en la esfera personal de la parte (intrapersonal) y esta planteó en la realidad su demanda sobre la base de un conflicto interno y en el mejor de los casos sobre la base de un potencial conflicto.

4.2. ¿Cuál es el papel de las garantías reales?

Las figuras de las garantías reales han surgido a partir de la desconfianza o, si se quiere decir en otro sentido, para garantizar las relaciones jurídicas entre dos partes y solventar cualquier perjuicio que necesitare ser cubierto a favor de una de ellas; y siendo ello así, esta figura supone la obligación de cumplimiento futuro a partir de visualizar potenciales conflictos y no para garantizar conflictos reales.

En ese sentido, es evidente entonces que tanto el sistema de administración de justicia como el propio derecho sustantivo prevén el uso la utilización de mecanismos de protección y/o defensa de los ciudadanos ante conflictos potenciales y no únicamente para conflictos reales.

Recordemos que la finalidad de las garantías reales –ya sea prenda o hipoteca– es precisamente garantizar el cumplimiento de una obligación, y ante un eventual incumplimiento es la ejecución de la garantía otorgada la sanción que se impone, aunque recordemos que no siempre se va a ejecutar, siendo la motivación de su constitución la previsión de garantizar el

cumplimiento de una obligación en caso de presentarse un hipotético incumplimiento, en vía de prevención.

VI. POSICIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

La Dirección de Conciliación Extrajudicial y Medios Alternativos de Resolución de Conflictos del Ministerio de Justicia emitió el Oficio Circular N° 01-2010-JUS/DNJ-DCMA de fecha 20 de diciembre de 2010, en el cual recomienda a los operadores del sistema conciliatorio (vale decir, a los conciliadores extrajudiciales y a los centros de conciliación extrajudicial) tomar en cuenta y verificar previamente en las materias conciliables de libre disposición y en temas de familia sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas de niños niñas y adolescentes (bajo apercibimiento de iniciarles un procedimiento sancionador) lo siguiente:

- Que solo se reciban y tramiten solicitudes de conciliación en los casos que exista un conflicto de intereses pendiente, debidamente acreditado mediante documentos relacionados con el conflicto de intereses.
- Que el conflicto no haya sido previamente resuelto antes de acudir a un centro de conciliación.
- No existan acuerdos previos ante notarias o en forma privada utilizando al sistema conciliatorio para su formalización.
- Las partes sean titulares del objeto de la conciliación (deben observar la legitimidad, la debida representación y la capacidad); así como, las facultades para disponer del derecho materia de conciliación[22].
- Arribar acuerdos que no sean contrarios a las leyes que interesan al orden público y buenas costumbres.
- Cumplir con la exigencia de la existencia y presencia de partes en la audiencia conciliatoria (solicitante e invitado) de conformidad con el artículo 15 y 24 del Reglamento de la Ley de Conciliación.

De manera similar, existe una disposición contenida en los Lineamientos para la correcta prestación del servicio de conciliación extrajudicial (aprobados por

(22) Respecto del deficiente marco legal que regula el régimen de la representación en el procedimiento conciliatorio se puede consultar el siguiente artículo: PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "Ya tengo el poder ... pero en la conciliación no voy a poder!: sugerencias para superar el deficiente tratamiento normativo de la representación en el procedimiento conciliatorio". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 102. Lima, agosto, 2009, pp. 271-278.

Resolución Directoral N° 069-2016-JUS/DGDP) que establece expresamente que **en caso de contratos verbales, en donde no existe documento relacionado con el conflicto, se debe anexar a la solicitud de conciliación, el requerimiento realizado al invitado para el cumplimiento de la obligación**.

Es decir, al margen de que resulte discutible que dichos instrumentos sean vinculantes para los operadores del sistema conciliatorio al no estar contenido en norma jurídica alguna que haya sido debidamente divulgada mediante su publicación en el diario oficial, el ente rector de la conciliación extrajudicial en el Perú condena a que esta sea empleada únicamente como mecanismo de resolución de conflictos, entendiendo al conflicto como toda situación de controversia que se encuentra exteriorizada en la realidad, y por lo mismo exigiendo –con un criterio procesalista– que se acredite indubitablemente al centro de conciliación que el conflicto ya se encuentre materializado en la realidad y además respaldado por documentación referente a aquel, olvidando que la naturaleza de algunas controversias hace imposible cumplir con esta exigencia (como ocurre en las obligaciones verbales por citar un ejemplo).

Especulemos un poco. Este oficio podría sugerirnos que la presunción del ente rector de la conciliación será la de advertir un comportamiento de las partes conciliantes motivado por una constante *mala fe*, que podría leerse entre líneas de la siguiente manera: si no se acredita el conflicto de manera previa mediante la presentación de documentos relacionados con el conflicto, entonces el acuerdo conciliatorio al que pudiera arribarse será producto de la colusión y contubernio de las partes conciliantes con el objeto de evadir acreencias y perjudicar derechos de terceros mediante los actos de disposición unilaterales o bilaterales propios de la conciliación(23), lo que a su vez demuestra que existe una vulneración del principio de buena fe(24) regulado en la Ley de Conciliación y su Reglamento.

(23) Esta presunción sobre la mala fe de las partes conciliantes la encontramos en diversos artículos del Reglamento de la Ley de Conciliación; así tenemos, por ejemplo, el artículo 12 numeral 7 que exige que toda solicitud de conciliación sobre alimentos debe indicar si existen otras personas con derecho alimentario a fin de preservar los principios de buena fe y legalidad de la conciliación, algo que, paradójicamente, no se exige en el respectivo proceso judicial por alimentos. Por su parte el artículo 15 *in fine* del Reglamento señala que, en caso el acuerdo al que pudieran arribar las partes afecte el derecho de terceros, para continuar la audiencia de conciliación estos deberán ser citados e incorporados al procedimiento conciliatorio, y en caso los terceros a pesar de estar válidamente notificados no asistan a la audiencia convocada, las partes podrán llegar a acuerdos sobre las materias que únicamente los afecte a ellos. En esta misma línea de pensamiento se encuentra la parte final del literal c) del artículo 2 del Reglamento al hablar de una posible mala fe de alguno de los conciliantes.

(24) Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo N° 014-2008-JUS:
"Artículo 2.- Principios de la Conciliación.-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley, los principios que rigen la Conciliación se sujetan a lo siguiente: (...)

Además, si cabe la analogía, esta percepción de restringir el empleo de la conciliación únicamente como un mecanismo de resolución de conflictos exteriorizados será como el bombero que llega cuando el incendio devora y consume un edificio, impidiéndosele realizar labores de prevención que resultarían más beneficiosas a nivel social.

Consideremos algunas ideas. Por un lado, si la exigencia es presentar copias simples de documentos relacionados con el conflicto, estos documentos podrían ser falsificados o creados por las partes en casos en los que, motivados por una mala fe, decidieran ampararse en el acuerdo conciliatorio para evadir acreencias o incumplir obligaciones. En este sentido, la exigencia de adjuntar copias simples de documentos relacionados con el conflicto resultaría meramente formal.

Por otro lado, como hemos visto, no siempre todo conflicto se exterioriza en la realidad, puesto que puede ser entendido como una limitada colisión de intereses que perfectamente puede ser resuelta por las partes intervinientes en aquella mediante la armonización de las diferencias sin necesidad de que se exteriorice. O, simplemente, hay acuerdos previos que necesitan de un amparo legal más eficiente y por eso buscan formalizarse mediante la suscripción de un acuerdo conciliatorio, el mismo que tiene la ventaja de ser ejecutable, a diferencia de las convenciones particulares que para llegar a ello deben ser probadas previamente en un proceso de naturaleza cognitiva lo que significa a su vez judicializar la controversia con el consabido coste económico, de tiempo y emocional para los litigantes.

VII. CONCLUSIONES

Considerando la naturaleza del conflicto, en algunos casos aquel no llega a exteriorizarse en la realidad al operar la **armonización de las diferencias**, lo que supone disminuir la tensión acumulada entre las partes en conflicto, siendo que esta actividad supone perfectamente labores de prevención. Y la prevención y la resolución no son labores que se excluyan, puesto que ambas tienen como finalidad solucionar conflictos (exteriorizados o no).

---

c) Principio de buena fe.- **La buena fe se entiende como la necesidad que las partes procedan de manera honesta y leal, confiando en que esa será la conducta a seguir en el procedimiento conciliatorio.**
Cuando el Conciliador tenga duda de la viabilidad de un acuerdo, tiene conocimiento o al menos un indicio de que está basado en información falsa o de mala fe, deberá recomendar a los conciliantes que se apoyen en expertos de la materia relacionada con dicho acuerdo antes de finalizarlo, cuidando que tal intervención no perjudique o entorpezca el procedimiento de conciliación o, en su caso, a alguno de los conciliantes (...)" (el resaltado es nuestro).

En muchos, casos son las propias partes involucradas en una relación jurídica bilateral las que consideran emplear mecanismos que les proporcionen seguridad de cumplimiento de las obligaciones asumidas entre ellas en caso de un eventual incumplimiento, como una manera de prevención. Si el ordenamiento jurídico en su conjunto lo permite, entonces cuál sería la justificación de su exclusión por parte de la conciliación.

En otros casos, hablamos de formalización de relaciones jurídicas mediante el empleo de instrumentos con mayor fuerza legal, lo que supone que se prefiere el hacer constar acuerdos verbales o que hayan sido plasmados en documentos privados en un acta de conciliación. Esto supone a su vez decidir someterse directamente a las reglas de un proceso de ejecución. No existiría justificación para impedir la formalización de los acuerdos que han resuelto de manera previa conflictos entre partes enfrentadas.

La conciliación extrajudicial debe ser entendida con una dinámica distinta a la del proceso judicial. En tanto institución que persigue la resolución de los distintos tipos de conflictos que se presentan en la sociedad, no podemos condenarla al sometimiento a exigencias rígidas y formales que se exigen y sí se justifican en un proceso judicial en donde las garantías mínimas derivadas de un debido proceso significan probar hechos al juzgador a fin que este decida el fondo de la controversia. En la conciliación son las partes –y no el tercero– el que decide resolviendo el conflicto, y con pruebas o no, son las partes las que deciden resolver su conflicto si es que verdaderamente lo desean.

Complementando lo anterior, debemos considerar que el objetivo de la conciliación es poner paz entre las partes en conflicto y no debe interesar si es un conflicto exteriorizado o no, o si se puede acreditar su existencia o no, pues lo que importa es que basta que para una de las partes se perciba que existe una situación de conflicto y exprese deseos de querer revertir esa situación para considerar que es un caso perfectamente conciliable. Será entonces función primordial del conciliador crear el espacio de diálogo que permita escuchar a las partes y tratar de restablecer la relación comunicacional entre las partes como presupuesto básico para iniciar el diálogo que permita llegar a una solución consensuada que sea resultado de la coincidencia de voluntad de ellas. O como decía Lao Tse: "Por qué discutir, vale más escuchar".

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y NORMATIVA DE LA CONCILIACIÓN EN EL PERÚ



EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y NORMATIVA DE LA CONCILIACIÓN EN EL PERÚ[25]

"Quizá la más grande lección de la historia es que nadie aprendió las lecciones de la historia".

Aldous Huxley.

I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Al hablar de la **conciliación** como institución jurídica, el término alude a cualquiera de las dos posibilidades que ofrece este concepto en cuanto a su aplicación, ya sea de manera en su concepción de **preprocesal**, previa al inicio de un proceso judicial con la finalidad de evitarlo, o *intra proceso*, una vez iniciado este a fin de concluirlo de manera amistosa y sin necesidad de que sea expedida sentencia alguna. Independientemente, de esta distinción consideramos necesario realizar una retrospectiva a fin de revisar la evolución histórica, así como el diverso tratamiento normativo que recibió esta institución jurídica en el Perú, con la única finalidad de comprobar que no es una institución tan novedosa como aparenta, sino que, por el contrario, es una institución de antigua data, pero que, dependiendo de la época y el contexto, su regulación no llegó a ser tan eficiente convirtiéndola en insuficiente para cumplir con la finalidad prevista en el cuerpo legal que la contenía.

Este análisis histórico resulta pertinente en la medida que con la modificatoria efectuada a la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, mediante el Decreto Legislativo N° 1070 publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008, vemos que existe un renovado interés por parte del Estado en fomentar la institucionalización de la Conciliación como un eficaz mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Pero debemos contrastar el marco normativo actual con los intentos normativos previos, a fin de tratar de encontrar los aciertos y vacíos que nos permitan no repetir los errores del pasado

(25) Parte del presente tema fue elaborado con la colaboración de la Srta. Diana Guia Abarca, abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Andina del Cusco.

y lograr verdaderamente una regulación legal eficiente y que cumpla con los objetivos previstos de fomentar una **cultura de paz**.

El tema de la justicia conciliatoria es uno de los más trascendentes del mundo moderno, dentro de la problemática más general de la justicia, de las formas de acceso a la misma y a la búsqueda de fórmulas alternativas de solución de conflictos. Esto no significa que esta forma de justicia sea novedosa o de reciente creación sino que, por el contrario, y como ya se ha afirmado, es muy antigua y lo que se ha hecho es revalorizarla(26). Intentar una conciliación entre las partes, contando para tal efecto con la participación y asistencia de un tercero que puede actuar como simple mediador o conciliador, representa una de sus formas más antiguas que se puede apreciar hasta hoy en día en algunas comunidades en estado primitivo. Es más, esta función, generalmente como etapa previa al proceso, ha sido confiada en muchas legislaciones procesales a los juzgados de categoría más baja en la escala, pero que se encuentran más cerca de la población (juzgados municipales, jueces de paz, etc.) muchas veces asistidos por gente del pueblo con cierto ascendiente entre los litigantes (los llamados hombres buenos)(27).

II. ETIMOLOGÍA Y DEFINICIÓN

Etimológicamente, la palabra conciliación proviene de las palabras latinas *conciliatio* y *conciliationis* y que se refieren a la acción y efecto de conciliar; a su vez, el verbo "conciliar" proviene del verbo latín "conciliare", que implica componer o ajustar los ánimos de los que estaban contrapuestos, avenir sus voluntades, ponerlos en paz. Como bien señala Eduardo J. Couture, tanto el verbo "conciliar" como las palabras latinas "concilio" y "conciliare" derivan de *concilium* que significaba asamblea o reunión, y que en la antigua Roma se utilizaba para denominar a una asamblea en general, y en particular a una asamblea de la plebe, donde se reunía la gente para cerrar negocios, resolver

(26) Antiguamente, los atenienses daban fuerza de ley a las transacciones que celebraban los llamados a juicio, y antes de comparecer en él; y los romanos trasladaron a las Leyes de las Doce Tablas estas disposiciones, al paso que edificaron el Templo de la Concordia no lejos del Foro y, según testimonio de Suetonio, "(...) se alzó en el Foro una columna de mármol de Numidia, de una sola pieza y de más de veinte pies de altura, con esta inscripción: Al padre de la patria, y por largo tiempo fue costumbre ofrecer sacrificios al pie de ella, hacer votos y terminar ciertas diferencias jurando por el nombre de César". Ver: Julio César, LXXXV. En: SUETONIO, Cayo. *Vidas de los doce Césares*, W.M. Jackson Editores, Buenos Aires, 1950, p. 53.

(27) Por ejemplo, la anterior legislación española, con un procedimiento obligatorio ante juez distinto al que conocerá el pleito, menciona que cada parte se presenta a la diligencia con su "hombre bueno", dando a esta reglamentación un cierto sabor a la institución del jurado. Por su parte, los franceses consideraron a la conciliación obligatoria antes del juicio, pero la redime de la fórmula de los "hombres buenos", exigiendo que se intente ante el juez que conocerá de la controversia. Ver: MERINO REYNA, José. "Conciliación y Allanamiento". En: *Revista Peruana de Jurisprudencia. Ponencias y Debates del Forum para el estudio del Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Editorial Revista de Jurisprudencia Peruana S.A., Año VII, Lima, 31 de Agosto de 1949, p. 209.

diferendos, etc. razón por la que el verbo *conciliare* que originalmente significaba "asistir al concilio" tomó las diversas acepciones correspondientes a estas actividades(28).

En el idioma inglés encontramos el término *conciliate* que proviene del término *conciliation*, que no es otra cosa que tratar que la gente llegue a un acuerdo. De igual forma en el idioma francés encontramos el término "conciliation", en italiano es *conciliazione* y en portugués *conciliaçao*, términos todos que derivan de la misma raíz latina.

En cuanto a las definiciones de lo que se entiende por conciliación, estas han variado según la época y el contexto desde los cuales se ha intentado ensayar una definición completa; así, gramaticalmente, podemos definir a la conciliación como la conveniencia o semejanza de una cosa con otra, así como la avenencia de ánimos que se encontraban opuestos entre sí. Por su parte, el diccionario de la Real Academia de la Lengua define a la conciliación como la acción y efecto de conciliar; a su vez, conciliar significa concordar, ajustar los ánimos de quienes están opuestos entre sí, aceptándose el término "componer" como sinónimo de "conciliar" para designar todo arreglo amistoso o extrajudicial dirigido a compensar particularmente a la víctima para evitar que intervenga el Poder Judicial. El elemento central de esta definición radica en la avenencia de ánimos de las partes que se encuentran inmersas en un conflicto.

Iván Ormachea menciona que, para evitar confusiones al momento de utilizar el vocablo conciliación, debemos precisar las dos acepciones que guarda el término. La primera está relacionada con el acto de autocomposición pura llamado audiencia de conciliación, dirigido por un conciliador o un juez; la segunda acepción está vinculada a la noción de resultado o acto de avenimiento plasmado en un acuerdo. De manera que contamos con conciliación en cuanto al procedimiento (actividad) y en lo relativo al resultado o acuerdo (la llamada finalidad)(29).

Cabanellas define a la conciliación como un acto que constituye un avenimiento entre partes discordes, que resuelven desistir de su actitud enemistosa, por renuncias recíprocas o unilaterales(30). Este autor incorpora un elemento

(28) Eduardo J. COUTURE. *Vocabulario jurídico*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 159.

(29) ORMACHEA CHOQUE, Iván y SOLÍS VARGAS, Rocío. *Retos y posibilidades de la conciliación en el Perú. Primer estudio cualitativo. Propuestas de políticas y lineamientos de acción*. Cuadernos de Debate Judicial, Vol. 2. Consejo de Coordinación Judicial, Lima, 1998, p. 48.

(30) Citado por ZEGARRA ESCALANTE, Hilmer. *Formas Alternativas de concluir un proceso civil*. 2ª edición actualizada, Marsol Perú editores, Lima, 1999, p. 204.

adicional a la definición anterior, en el sentido de que admite la existencia de renuncias por parte de los implicados en el conflicto, ya sea de manera recíproca o solamente por parte de uno de ellos.

Caravantes consideraba que, jurídicamente, la conciliación puede ser entendida como el acto judicial que se celebra previamente a los juicios contenciosos, ante la autoridad pública entre el actor y el demandado, con el objeto de arreglar y transigir amigablemente sus respectivas pretensiones o diferencias[31].

Feliciano Almeida señala un concepto vertido por Miguel y Romero quien afirma que la conciliación es la comparecencia de las partes, acompañadas cada una de un hombre bueno, con el fin de arreglar ante el juez municipal comarcal o de paz cierto asunto por medio de avenencia, evitando la entrada en juicio o preparándolo en el caso de que no se llegue a un acuerdo[32]. Según estas definiciones la función de conciliar corresponde al juez de paz, en tanto es representante de la autoridad estatal, quien intentará que no se llegue a juicio, convirtiendo a la conciliación en un acto previo al proceso.

Para Eduardo J. Couture[33], la conciliación es el acuerdo o avenencia de partes, que mediante renuncia, allanamiento o transacción, hacen innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual. Este ilustre procesalista añade al concepto de conciliación dos elementos novedosos; el primero consiste en que no solo se pueden hacer renuncias, sino que existe la posibilidad de efectuar allanamientos y transacciones a fin de llegar a un acuerdo; el segundo, nos introduce a una clasificación del acto de conciliación dependiendo de la sede donde se realice, así, si esta evita un litigio pendiente estaremos hablando de la conciliación intraproceso, pero si evita un litigio eventual, entonces nos estamos refiriendo de una conciliación preprocesal o extraprocesal, la que se encuentra fuera del ámbito del proceso civil.

Montero Aroca[34] señala que la conciliación es la comparecencia, obligatoria o facultativa de las partes ante una autoridad estatal para que en su presencia traten de solucionar amistosamente el conflicto de intereses que

(31) DE VICENTE Y CARAVANTES, José. *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en Materia Civil según la Ley de Enjuiciamiento*. Tomo Primero. Imprenta de Gaspar y Roig Editores, Madrid, 1856, p. 447.

(32) ALMEIDA PEÑA, Feliciano. *La conciliación en la Administración de Justicia*. Marzol Perú Editores, Trujillo, 1997, p. 22.

(33) Ob. cit., p. 159.

(34) Citado por LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La conciliación*. Temas del Proceso Civil, Tomo 1, Editorial Legrima, Lima, 1996, p. 45.

las separa, regulada por el ordenamiento jurídico que atribuye determinados efectos jurídicos a lo en ella convenido. Debemos asumir que esta definición hace referencia únicamente a la conciliación ejercida por el juez –autoridad estatal– comparecencia que puede ser obligatoria o no por mandato de la ley, y que se desarrolla al interior de un proceso civil.

Ensayando una definición provisional de lo que entendemos por conciliación, podemos considerarla, como lo hace Ormachea, como el acto que supone el arreglo de una diferencia entre dos o más personas mediante el logro de una renuncia unilateral o bilateral de sus derechos o, sin llegar a ello, mediante el acuerdo de voluntades para que un tercero ajeno a los intereses de las partes en juego haga propuestas de solución o, más aun, desate el conflicto existente con un acto de decisión. Esta definición es más completa que las anteriores si se tiene en cuenta que hace alusión a la posibilidad de que sean más de dos las partes en conflicto, además de mencionar el hecho de que el arreglo puede efectuarse con o sin renuncia de derechos; pero el elemento más importante radica en la mención que se hace del tercero –el conciliador– y la función que cumple dentro del proceso conciliatorio, así como la facultad de proponer fórmulas de solución.

El profesor trujillano Hilmer Zegarra[35] considera a la conciliación como el acto voluntario que realizan las partes ante un tercero –siempre que se trate de derechos disponibles–, haciendo uso de su libre voluntad y de su ánimo de conciliar, para poner fin a su conflicto de intereses, concluyendo el proceso iniciado –para el caso de la conciliación intraprocesal–, o evitando el que pueda iniciarse –para la conciliación preprocesal–. El elemento que incorpora este autor es el carácter voluntario de la conciliación, que no es otra cosa que la exteriorización de la autonomía de la voluntad de los individuos, y el querer conciliar como característica subjetiva de las partes en conflicto que se someten a conciliación, quienes solo podrán conciliar derechos disponibles.

Como colofón de todo lo dicho, e intentando elaborar una definición que albergue las principales características de esta institución, podemos afirmar que la conciliación es el acto jurídico que expresa la manifestación de voluntad de las partes de querer poner fin a su conflicto de intereses, mediante concesiones recíprocas, renuncias de derechos disponibles o sin ellas y que se puede realizar de manera previa a la instauración de un proceso judicial o dentro de este, ante un tercero investido de facultades legales para ejercer función conciliadora y, a veces, capacitado en técnicas de resolución de

(35) ZEGARRA ESCALANTE, Hilmer. Ob. cit., p. 204.

conflictos, quien facilitará el proceso de comunicación entre las partes a fin de que sean ellas las que elaboren su propuesta de solución y, eventualmente, podrá proponerles una fórmula no vinculante de solución de la controversia, siendo la solución adoptada y plasmada en un acta de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio para las partes.

III. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El origen de la conciliación se encuentra en el origen mismo de las sociedades las que cansadas del empleo de la autotutela, ejercida con violencia y con predominio de la superioridad física, buscan medios más pacíficos de solucionar las controversias que surgían a su interior; así, intervienen los jefes de familia, los ancianos, parientes y amigos los que mediante la persuasión hicieron que las partes en conflicto dirimieran sus diferencias por el empleo de medios pacíficos de avenencia y conciliación.

Posteriormente, estos consejos y persuasiones apoyados en el respeto de la ancianidad, en la influencia de los vínculos de sangre y en los afectos de la amistad, se vieron en la necesidad de tener fuerza de ley mediante la afirmación por parte de la autoridad judicial que ya obraba como medio de resolución de conflictos impuesto por la sociedad. Así, los hebreos apelaban a medios conciliatorios antes de ir a juicio siendo estos acuerdos plenamente válidos. De igual forma en la antigua Grecia los *tesmótetas* eran magistrados que entre sus funciones daban fuerza de ley a las conciliaciones que se celebraban antes de ir a juicio por los llamados a comparecer en él. En la antigua Roma, la Ley de las XII Tablas prescribía a los magistrados que aprobaran el convenio que hubieran hecho los litigantes al dirigirse a su tribunal, toda vez que era costumbre intentar la conciliación previa a la actuación de los pretores mediante convenio o con la participación de amigables componedores para evitar litigios mediante medios conciliatorios.

Posteriormente, con el desarrollo del Derecho Canónico, el Papa Honorio III prescribe la necesidad de arribar a una conciliación preliminar a todo juicio ya que la jurisdicción de la iglesia consistía no tanto en hacer litigar ante ella, cuanto en impedir que se litigara, por lo que los tribunales de obispos persuadían a las partes en conflicto a transigir amigablemente sus diferencias(36). El deber cristiano de evitar litigios es una enseñanza y un precepto para nada

(36) Esta filosofía está contenida en el Canon 1446 del Código de Derecho Canónico –Códex de 1983–, en los siguientes términos:
"(...) 1446 § 1. Todos los fieles, y en primer lugar los Obispos, han de procurar con diligencia que, sin perjuicio de la justicia, se eviten en lo posible los litigios en el pueblo de Dios y se arreglen pacíficamente cuanto antes.

novedosos; se trata ante todo de conciliar a los litigantes y ya desde el siglo VII la actividad del procedimiento eclesiástico propendía no tanto a una sentencia judicial cuanto a una reconciliación entre las partes. En la actualidad, en el ámbito eclesial el juicio debe evitarse siempre –con tal que sea posible–, bien en su propio inicio, o bien interrumpiendo su curso por la conciliación de las partes en conflicto, cuya obtención es un deber no secundario del juez[37].

Este ejemplo de atajar la posibilidad de iniciar un juicio mediante exhortaciones judiciales prosperó en Europa a lo largo de los siglos XVIII y XIX. Así, en Prusia se erige la figura del juez mediador que es escogido de entre los mismos miembros del tribunal que ha de ver el juicio, lo que hace alusión a la conciliación intra proceso; de igual manera el Reino de los Países Bajos estableció en su Código de Procedimientos que el tribunal podrá en todos los casos y cualquiera fuere el estado del proceso, mandar a las partes a que comparezcan en persona ante él para el efecto de conciliarse; de manera similar, una disposición legal de Ginebra preveía que los jueces exhorten a las partes en el primer día del pleito a terminar sus diferencias por medios amigables y por la intervención de sus parientes.

En España, mediante las **Ordenanzas de Bilbao**, aprobadas por el Rey Felipe V en 1737, se ordena que las partes no podrán ser admitidas ni sus demandas ni peticiones si no intentaban arreglar el pleito de manera previa[38]. De igual forma, la **Instrucción de Corregidores** del 15 de enero de 1788, expedida por el Rey Carlos III disponía que los jueces evitaran la realización de juicios y que las partes solucionen sus conflictos de manera amistosa mediante la avenencia[39]. También en las **Ordenanzas de Matrículas**, sancionadas por el Rey Carlos IV en 1802, se prevenían a los Comandantes de Marina que trataran de avenir a las partes en presencia de su asesor

§2. Al comenzar el litigio, y en cualquier otro momento, siempre que abrigue alguna esperanza de éxito, el juez no dejará de exhortar y ayudar a las partes, para que procuren de común acuerdo buscar una solución equitativa de su controversia, y les indicará los medios oportunos para lograr este fin, recurriendo incluso a personas serias como mediadoras (...)".

(37) A. MARZOA, J. MIRAS Y R. RODRÍGUEZ-OCAÑA. *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*. Instituto Martín de Azpilcueta, Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra. Volumen IV/1, Segunda edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1992, p. 918.

(38) Ordenanzas de Bilbao. Capítulo 7, Nº 6: "Siempre que cualquier persona pareciere en el Consulado de Comercio, no se le admitan ni puedan admitir demandas ni peticiones algunas por escrito, si ante todas cosas el prior y cónsules hagan parecer ante sí a las partes, si buenamente pudiesen ser habidas, y oyéndolas verbalmente sus acciones y excepciones, procurarán atajar entre ellas el pleito y diferencia que tuvieren con la mayor brevedad; y no pudiéndolo conseguir, les admitan sus peticiones por escrito".

(39) Instrucción de Corregidores. Capítulo 3: "Los jueces evitarán en cuanto puedan los pleitos, procurando que las partes se compongan amistosamente, excusando procesos en todo lo que no sea grave, siempre que pueda verificarse sin perjudicar los derechos legítimos de las partes, para lo cual se valdrán de la persuasión y de todos los medios que les dictase su prudencia, haciéndoles ver el interés que a ellas mismas les resulta y los perjuicios y dispendios inseparables de los litigios aun cuando ganen".

y escribano, debiendo hacerlo constar en autos, y no debiendo dar sin esta circunstancia curso a segundo pedimento sobre negocios transigibles, bajo su responsabilidad.

En todos los casos mencionados, se designaba conciliador al mismo juez que debía juzgar la controversia, pero esta no era la única opción en ese entonces, ya que existía la posibilidad de nombrar un juez conciliador independientemente del que debía decidir en un juicio posterior, motivado esto en el cuestionamiento que se hacía al anterior sistema principalmente en el sentido de que al recaer en la misma persona las funciones de conciliador y de no prosperar esta, la de juez, se vería afectada de alguna manera la imparcialidad del juez, razón por la que este sistema cayó en descrédito y la tendencia posterior fue nombrar jueces especiales para este objeto; así, por Ley del 24 de agosto de 1790 la Asamblea Constituyente francesa prescribió que sin hacer constar que se había intentado el medio de la conciliación no se entablaría pleito alguno, designando a los alcaldes como autoridades especiales para ejercer el cargo de conciliadores.

A su vez, esta disposición fue adoptada por el Código de Procedimientos Civiles de Napoleón en 1806, que conservó esta institución como obligatoria. Este precepto fue recogido en la Constitución de Cádiz de 1812, regulándose por primera vez de manera constitucional a la conciliación. Finalmente, el Código de Comercio español de 1829 creó la figura del juez avenidor para conciliar a las partes en sus controversias sobre actos mercantiles.

IV. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA CONCILIACIÓN EN EL PERÚ

1. Regulación a nivel constitucional

1.1. La Constitución de Cádiz de 1812

Los antecedentes históricos de la institución de la conciliación extrajudicial en el Perú, en tanto que comenzó a gozar de autonomía política respecto de España, se remontan a 1812 con la Constitución de Cádiz, la que en su capítulo II, sobre administración de justicia en lo civil, contiene tres artículos que hacen mención expresa a la institución de la conciliación.

Así, el artículo 282 señalaba: "El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto". A su vez, el artículo 283 prescribía de manera clara en qué consistía la función conciliadora del alcalde al señalar: "El alcalde con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirá al demandante y al demandado, se enterará de las razones en

que respectivamente apoyen su intención, y tomará, oído el dictamen de los dos asociados, la providencia que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin mas progreso, como se terminará en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial". Finalmente, el artículo 284 señalaba el carácter de obligatoriedad de intentar la solución del conflicto mediante la vía de la conciliación al prescribir que "Sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación, no se entablará pleito ninguno".

Si bien es cierto esta Constitución nunca llegó a tener vigencia plena para nuestro país aunque era aplicable al Perú en su condición de Colonia española en América, no por ello deja de tener importancia para nuestro estudio al considerarse que adoptó y delineó un sistema conciliatorio para la solución de los problemas cotidianos entre vecinos del mismo pueblo, encargando a los alcaldes la responsabilidad de mantener el equilibrio de las relaciones entre los pobladores, otorgándoles con ese fin la potestad de administrar justicia, la cual vino a complementar las funciones de velar por la infraestructura y organización del pueblo que ya poseían, sirviendo como una fuente de inspiración para la regulación que se hiciera posteriormente durante el inicio de nuestra vida independiente.

1.2. Constitución Política del Perú de 1823

Posteriormente, en los inicios de la República se dictó la Constitución Política de la República Peruana sancionada por el Primer Congreso Constituyente el 12 de noviembre de 1823, regulando la institución de la conciliación previa en el capítulo VIII dedicado al Poder Judiciario, cuyo artículo 120 prescribía "No podrá entablarse demanda alguna civil, sin haberse intentado la conciliación ante el juez de paz". Debe notarse como sellos más notorios de la conciliación el carácter obligatorio y previo a todo proceso civil, así como el establecimiento de los jueces de Paz.

Esta misma Constitución señalaba en sus artículos 142 y 143, bajo el rubro referido al poder municipal, que los alcaldes son los jueces de paz de su respectiva población, conociendo de las demandas verbales de menor cuantía si son civiles, y de los procesos penales que solo requieran una corrección moderada como las injurias leves y delitos menores.

Para ser alcalde se exigía ser vecino del lugar por lo menos diez años antes de la postulación, en un afán de garantizar un mínimo de elementos comunes entre él y los pobladores de su jurisdicción, favoreciendo la comunicación entre ellos. Otros requisitos para ser elector, y por lo tanto para ser elegible como alcalde, eran ser ciudadano, es decir, tener propiedades y/o probar determinados niveles de ingreso o renta, determinando que dicho cargo

recayera siempre en algunos de los miembros del grupo de poder local, ya que la gran mayoría de la población era excluida del proceso de elecciones por no reunir los requisitos mencionados para ser ciudadanos ya que solo el poder económico garantizaba participación en el reparto del poder político[40].

1.3. Constitución Política del Perú de 1826

La Constitución de 1826 contempló esta institución en el capítulo V, de la Administración de Justicia, cuyo artículo 112 señalaba "Habrá jueces de paz en cada pueblo para las conciliaciones; no debiéndose admitir demanda alguna civil, o criminal de injurias, sin este previo requisito".

Para esta Constitución la justicia de paz deja de ser una función del alcalde para convertirse en un rol municipal, al señalar su artículo 124 que "los destinos de los alcaldes y jueces de paz son concejiles, y ningún ciudadano sin causa justa podrá eximirse de desempeñarlos", y adquiere importancia al otorgarse a los jueces de paz amplia potestad conciliatoria, como condición previa al desarrollo de los procesos en otras instancias, dándose importancia a la aplicación de la lógica cotidiana antes que la lógica formal para la solución de conflictos[41]. Así, el artículo 113 señalaba en qué consistía la labor del conciliador, señalando al respecto que "El ministerio de los conciliadores se limita a oír las solicitudes de las partes, instruirlas de sus derechos, y procurar entre ellas un acomodamiento prudente". Como se puede apreciar, esta Constitución extendió el ámbito de acción de la conciliación no solo a los procesos civiles, sino que podía intentarse esta en los procesos criminales sobre injurias, sin cuyo requisito no podría acudirse al órgano jurisdiccional competente. Finalmente, se excluían del ámbito de la conciliación a las acciones fiscales, según se desprende del artículo 114 de la Constitución bajo comentario.

Promoviendo el acceso de la población a la justicia de paz, se estableció la obligación de nombrar a un juez de paz en los poblados pequeños, aunque solo tuviese cien personas; en los poblados medianos se determinaba la existencia de un juez por cada doscientas personas, y en los poblados grandes, uno por cada quinientas. Por otro lado, se requería de un mínimo de dos mil personas para justificar la existencia de un alcalde. Como puede advertirse, el cargo de juez de paz era ejercido al interior de los municipios, pero tenía estrecha vinculación con el recientemente creado sistema judicial peruano.

(40) LOLI, Silvia. "El acceso a la justicia y la justicia de paz en el Perú". En: *Poder Judicial. Acceso a la justicia*. Oficina Técnica de Proyectos de Cooperación Internacional del Poder Judicial, 1ª edición, Lima, 1997, p. 84.

(41) Ibídem, p. 85.

1.4. Constitución Política del Perú de 1828

La Constitución de 1828 reguló la justicia de paz en el rubro dedicado a la administración de justicia y reafirma la capacidad conciliatoria de los jueces de paz, al establecer en su Título Sexto sobre Poder Judicial y administración de justicia, específicamente en el artículo 120 que "En cada pueblo habrá jueces de paz, para las conciliaciones, sin cuyo requisito, o el de haberla intentado, no se admitirá demanda alguna civil, o criminal de injurias, salvo las acciones fiscales y demás que exceptúe la ley".

Como vemos, la regulación constitucional de la conciliación previa tenía como característica más saltante la de la obligatoriedad de intentar un acuerdo satisfactorio entre las partes antes de acudir al Poder Judicial, recayendo en el alcalde primero, y luego en el juez de paz, tan delicada labor. Las posteriores constituciones de 1836 y 1839 asignan a los jueces de paz competencia solo para los procesos de menor cuantía, obviando toda referencia a procesos de conciliación previa, aunque esta potestad conciliatoria aparece en los reglamentos para jueces de paz de 1834 y 1839. En efecto, mediante Decreto del 16 de noviembre de 1838, se derogó el Reglamento de Tribunales de 1834, así como las leyes referidas a la justicia de paz, dejándose sin efecto la disposición que adscribía estos juzgados a las juntas municipales, señalándose que los nuevos jueces serían nombrados por el gobierno, de una terna elaborada por el prefecto –en el caso de Lima– o los subprefectos –en las provincias–.

El 29 de noviembre de 1839, durante el gobierno del Mariscal Agustín Gamarra, se promulgó el Reglamento de jueces de paz, que mantenía la facultad del jueces de paz para intervenir como juez de conciliación antes de todos los procesos, así como su competencia para instruir juicios sumarios en reemplazo de los jueces de primera instancia, siempre que estos no existieran en el lugar. Esto estaba orientado a permitir a la ciudadanía el acceso a la justicia, supliendo las falencias provenientes del mismo aparato judicial, expresada en estos casos por la ausencia de jueces de primera instancia, lo que originó una coexistencia entre la justicia de paz y el Poder Judicial, gozando del mismo poder de legitimidad, al tener ambas como sustento el Derecho Natural, aunque con formas diferentes –pero no opuestas– de enfrentar el conflicto, razón por la cual la justicia de paz fue incorporada al Poder Judicial sin transformaciones y respetándose su especificidad a través de normas y reglamentos propios, limitándose este –el Poder Judicial– a ser un espacio de referencia que hace posible su supervivencia, debido esto a la disolución de los municipios en 1836.

2. Regulación a nivel procesal

2.1. Código de procedimientos civiles de 1836

En materia procesal, el primer Código Procesal que reguló la conciliación previa fue el Código de Procedimientos Civiles de Bolivia, que por mandato del Mariscal Andrés de Santa Cruz, en ese entonces Presidente de Bolivia y convertido luego en Protector de Bolivia y los Estados Sud-Peruano y Nor-Peruano –lo que se vino a conocer como **Confederación Peruano-Boliviana**–, pasó a regir desde el primero de noviembre de 1836 para el Estado Nor-Peruano, estando vigente desde antes en el Estado Sud-Peruano, y que fue conocido también como **Código de Santa Cruz**.

El artículo 119 señalaba: "No se admitirá demanda civil, sin que se acompañe un Certificado del jueces de paz, que acredite haberse intentado el juicio conciliatorio, bajo pena de nulidad, excepto en los casos en que este no sea necesario".

En este cuerpo legal, la conciliación fue concebida como un acto previo a la interposición de la demanda ante un juez de letras. Se iniciaba el procedimiento ante el juez de paz del domicilio del demandado, pudiéndose realizar la petición de manera verbal cualquier día incluyendo los días feriados. El juez de paz invitaba a comparecer de manera obligatoria ya sea en persona o mediante apoderado instruido. El juez tenía que proponer algún acomodamiento prudente de transacción y de equidad, bajo pena de nulidad, y si las partes manifestaban su conformidad con este acomodamiento terminaba la demanda.

Si la parte citada no asistía se le citaba para una segunda oportunidad bajo apercibimiento de multa, y si persistía la inasistencia entonces se daba por concluido el procedimiento, otorgando al demandante la certificación de haberse intentado el acto conciliatorio y como no hubo resultado por culpa del demandado se le aplicaba a este una multa, y si la inasistencia era del demandante, entonces a este se le aplicaba la multa; pero si la inasistencia era de ambas, se tenía por no intentada la conciliación y no se imponía multa y podría citarse de nuevo si se volvía a solicitar la conciliación.

Otra disposición muy interesante del mismo Código bajo comentario mencionaba que, transcurrido un año de haberse verificado el juicio de conciliación en que no hubo avenimiento de partes y no se hubiere interpuesto la demanda, era necesario un nuevo juicio de conciliación para poder interponer la demanda, lo que supone la caducidad de la constancia que se expedía en el mencionado plazo.

Por otro lado, este requisito previo de intentar la conciliación no era exigido para los casos de acciones sobre concurso de acreedores, concurso a capellanías, interdictos de posesión, de obra nueva, reconocimiento de documentos, retracto, formación de inventarios y partición de herencia, u otros casos urgentes de igual naturaleza.

2.2. Código de enjuiciamientos en materia civil de 1852

El Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, promulgado el 19 de diciembre de 1851 por el presidente José Rufino Echenique, y vigente desde el 28 de julio de 1852, reguló la conciliación previa en la sección primera del Libro segundo, como diligencia que debía practicarse antes de los juicios. Así, el título segundo trataba de manera exclusiva sobre la conciliación.

El artículo 284 prescribía que "la conciliación debe preceder a toda demanda correspondiente a un juicio escrito"[42], realizándose, conforme el artículo 285, ante el juez de paz del domicilio del demandado, o ante el que ejerza sus funciones[43]. A su vez, el artículo 286 mencionaba como competentes para conocer de conciliación los jueces de paz, en las causas de fuero común; y los que señalan las leyes especiales, en las causas de los demás fueros[44]. Por otro lado, el artículo 287 señalaba de manera taxativa los casos en los que no procedía el llamado juicio de conciliación, a saber:

1. En las causas criminales que deben seguirse de oficio[45];
2. En los juicios verbales[46];

(42) Por definición contenida en el artículo 279 del Código bajo comentario, los juicios civiles podían ser verbales o escritos. Verbales son los que se siguen de palabra, ante los jueces de paz; escritos los que se siguen por escrito, ante los jueces competentes. Los artículos 1227 a 1239, establecían además que si la demanda era sobre cantidad que no excediera de doscientos pesos, el juicio sería verbal, debiendo resolverse por el juez de paz, siendo la sentencia pronunciada inapelable si es que recae sobre asuntos cuyo interés no exceda de veinte pesos. Por su parte, el artículo 1240 señalaba que en las causas ordinarias cuyo interés no excediera de quinientos pesos, sería interpuesta la demanda ante un juez de primera instancia, requiriéndose en estos casos de conciliación.

(43) Cfr. Con los artículos 298, 299 y 595 de este Código. Este último señala: "En los casos en que debe practicarse la conciliación ante el Juez de primera instancia, según este Código, se decretará en el escrito de demanda, que comparezcan las partes al acto conciliativo, señalándoseles día y hora".

(44) En los juicios de divorcio regulados en el Código de Procedimientos bajo comentario, véase los artículos 374 ("Con la contestación, resultando mérito bastante, se declarará expedita la acción de divorcio; y se mandará citar a los cónyuges, señalándoles día y hora para que comparezcan en su juzgado al acto de conciliación") y 380 ("en los juicios de divorcio no se puede pronunciar sentencia sin nuevo comparendo para conciliar a los cónyuges").

(45) Como excepción a esta disposición tenemos el artículo 132 del Código de Enjuiciamientos Penales se determinaba la procedencia de la conciliación en los juicios por querella sobre injurias verbales o por escrito que no sea impreso.

(46) Ver: Artículo 279 (sobre definición de juicio verbal y escrito), así como 1227 al 1239 del código bajo comentario (sobre juicios verbales). Pero es necesario precisar que sí procedía la conciliación en los juicios escritos de menor cuantía (Cfr. Art. 1240), sobre diligencias preparatorias para el juicio de divorcio (Cfr. Arts. 374 al 380); y sobre juicio de división de cosas comunes (art. 1068).

3. En las demandas en que tienen interés los menores y demás personas incapaces, el Estado, iglesias, monasterios, hospitales, universidades, colegios, escuelas de instrucción primaria y demás establecimientos públicos que no tengan libre administración de sus bienes;
4. En los juicios sumarios de posesión;
5. En las demandas de obra nueva o sobre edificios que amenaza ruina;
6. En las demandas sobre bienes de los pueblos;
7. En las demandas contra ausentes, mientras la ausencia no está declarada judicialmente;
8. En los juicios de concurso de acreedores;
9. En el reconocimiento de vales o *pagareés (sic)*;
10. En la interposición de las demandas de retracto; sin perjuicio de verificarse la conciliación después de interpuesta la demanda;
11. En los casos urgentes, pero si después hubiese que interponerse demanda que motive contención en juicio ordinario, la conciliación es indispensable.

El artículo 288 versaba sobre los deberes de los jueces de conciliación, los cuales estaban obligados en primer lugar, a citar por medio de cédula a la parte demandada, si pudiese ser habida; debiendo esta rubricar la cédula, o hacerlo un testigo en su defecto. Si no pudiese ser habida, se le dejará una copia de la citación en poder de su esposa, hijos, criados o vecinos, poniéndose constancia de ello en la cédula, ante un testigo. No habiendo quien se encargue de entregar la copia, se fijará esta por mano del alguacil en la puerta del domicilio de la persona citada, firmando la diligencia el mismo alguacil con un testigo. En segundo lugar, a expresar en la cédula de citación, los nombres del demandante y demandado, la cosa que se demanda, el día en que se libra la cédula, y el día y hora en que las partes deben comparecer según la distancia. El juez debe suscribir con firma entera la cédula de citación, que se entregará al demandante o al alguacil, si aquel lo quiere, para los efectos del anterior inciso. Y, finalmente, en tercer lugar, a disponer que el demandante o el alguacil devuelvan las órdenes con la diligencia de citación.

Se señalaba, además, que debía transcurrir cuando menos un día de intermedio entre la citación y la comparecencia, conforme al artículo 289. Si las partes comparecen a la conciliación, dispondrá el juez que el actor exponga de palabra su demanda sin permitir que sea redactada; oirá enseguida al

demandado, e impedirá que las partes se injurien o se interrumpan cuando están hablando ante él (art. 290).

El artículo 291 otorgaba a las partes la posibilidad de comparecer con mediadores. En este caso, el juez debía escuchar la exposición verbal del demandante y demandado y las propuestas de los mediadores, quienes no podían intentar otra cosa que procurar los medios de avenimiento entre las partes. El juez estaba habilitado a imponer silencio a los mediadores que se desvíen de este objeto.

Acto seguido, y oída la exposición de las partes y las indicaciones de los mediadores, en su caso, proponía el juez precisamente cuantos medios de avenimiento estén a su alcance para que las partes terminen amistosamente sus diferencias. Si convienen los interesados, procederá á redactar el convenio en términos claros y en el libro correspondiente, quedando concluida la demanda y transigido el pleito (art. 292). Caso contrario, si no convienen las partes, el juez redactará el acta, sin poner en ella mas que la constancia de haberlas oído sobre el objeto del juicio que se iniciará sin alegación alguna; y de no haber resultado conciliación, á pesar de los medios que propuso en la discusión verbal (art. 293).

El artículo 294 señalaba que toda acta debía ser firmada por el juez, las partes y el escribano, o por dos testigos a falta de este. Si alguna de las partes no quiere o no sabe escribir, se haría mención de esta circunstancia en el acta. Los jueces expedirán en el papel sellado correspondiente, y sin llevar derecho alguno, los certificados que pidieren las partes, quienes solamente pagarán dos reales por foja de a cincuenta renglones.

A pesar de ser obligatoria la concurrencia a la audiencia de conciliación, el artículo 296 preveía la posibilidad de una eventual inasistencia de las partes a la audiencia de conciliación en el día señalado, el juez expedirá en el siguiente día el certificado de no haber concurrido y de haberse intentado en vano la conciliación.

El artículo 300 establecía que los medios de avenimiento que proponía el juez de primera instancia en los actos de conciliación, no servirán de pretexto para recusarlo en el juicio principal que surja de no haberse llegado a acuerdo alguno. Finalmente, el artículo 301 especificaba que la falta de conciliación podía subsanarse en cualquier estado de la causa, sin que se anule lo actuado.

La función conciliadora seguía siendo ejercida por los jueces de paz pero, debido a que los municipios no habían sido aún reinstaurados, en 1855 el presidente Ramón Castilla emitió un decreto disponiendo que, transitoriamente,

los jueces de paz sean nombrados por los prefectos a propuesta de las cortes respectivas, con lo cual los jueces de paz se mantenían dentro de la estructura formal del Poder Judicial, pero en el nivel más bajo. En este sentido, la noción de **revisabilidad** de los fallos del juez de inferior jerarquía por parte del superior sufrió distorsiones, ya que esta lógica no pudo ser aplicada a las soluciones obtenidas por acuerdo conciliatorio entre las partes, dado que la disconformidad de los involucrados suponía ausencia de solución, no existiendo así fallo alguno que revisar. Pero por otro lado, el juez de paz remonta su condición de inferior jerárquico en el ejercicio de su función conciliadora y de prevención ya que se le consideraba como una función distinta a la judicial, con suficientes elementos para resolver un litigio a través del uso del sentido común.

2.3. Código de procedimientos civiles de 1912

Hasta 1912, pues, existió en el Perú una forma de conciliación que tuvo las siguientes características: previa, obligatoria y ante juez especializado, llamado de paz, no ante el juez del litigio. Posteriormente, el Código de Procedimientos Civiles, aprobado por Ley Nº 1510, del 15 de diciembre de 1911 y vigente desde el 28 de julio de 1912, no reguló la conciliación previa, es más, suprime la conciliación extrajudicial como diligencia preparatoria, encontrando la justificación de este accionar en la "Exposición de motivos" de dicho Código la que se señalaba que "la experiencia ha comprobado la ineficacia de la conciliación como diligencia anterior a toda demanda. El Comité no la suprime absolutamente: en el Proyecto de Ley Orgánica la establece con carácter de facultativa, para que los jueces la intenten, cuando por la naturaleza de la causa y las circunstancias del proceso, crean factible un avenimiento entre los interesados (...) difícilmente apreciará el juez la conveniencia de una tentativa de conciliación antes que la demanda haya sido contestada y de que el desarrollo del pleito le haya dado a conocer la calidad de los litigantes, los antecedentes de la causa y las probabilidades de obtener el arreglo. Por eso, el derecho de convocar la conciliación, que debe ser exclusiva del juez de la causa, no de los jueces de paz, puede ejercitarse en cualquier estado del juicio y no precisamente antes de proveer la demanda, y en tal concepto, la conciliación deja de pertenecer al número de diligencias preparatorias"[47].

Si bien puede reconocerse cierta importancia e influencia social de la conciliación, por consiguiente, debiera ser uno de los actos que más debiera llamar la atención de los legisladores y de los jueces, desgraciadamente esto no sucede entre nosotros, ya que la falta de habilidades en los jueces en lo que a

(47) COMITÉ DE REFORMA PROCESAL. *Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles*. Casa Editora de Sanmarti y Co., Lima, 1912, p. 56.

conciliaciones respecta y la insuficiencia de las diligencias que se practican, convirtió en inútil una institución tan importante. Así, en el siglo XIX, el ilustre jurisconsulto nacional doctor Toribio Pacheco era de la opinión de que "se borre de los Códigos ese requisito superfluo y embarazoso de la conciliación", agregando: "Téngase presente que si un individuo está animado del deseo de evitar un pleito, no aguardará para ello la conciliación, y por mucho que se diga a favor de esta, nos parece que han de ser muy pocos, acaso ninguno, los litigios que haya precavido".

Por el contrario, podemos afirmar, junto con De la Lama, que la conciliación tiene por objeto, precisamente, inocular ese deseo, en lo cual se esfuerza el juez que tiene a su cargo la conciliación; y es bien sabido que las diferencias entre los hombres terminan con frecuencia, cuando hay quien los ponga en contacto y haga que se entiendan; si la conciliación no precave muchos litigios, culpa es de los legisladores y de los conciliadores, y no un defecto de la institución: lo que siendo bueno en sí adolece de imperfecciones, se reforma y no se destruye(48).

A este respecto dijo Dalloz: "verdaderamente es una idea feliz, seductora, y que podría ser fecunda en resultados satisfactorios, obligar a las partes desde el origen de sus diferencias, y antes de poder hacerse subir a las puertas de la justicia, a presentarse ante un juez conciliador, que sin tener derecho de juzgar el asunto que suscita la controversia, tiene la misión de inducir a las partes, por medio de consejos imparciales y de reflexiones desinteresadas, a conciliarse y transigir entre sí, haciéndose concesiones recíprocas y renunciando a su intención de promover el litigio. Ejercida esta institución por hombres hábiles, y que infundieran respeto y estimación por sus luces y su probidad, podría prevenir multitud de litigios y de enemistades. Así que, desde luego seríamos sus defensores, si comprendiendo el legislador toda la importancia de la doble misión confiada a los jueces de paz, y las dificultades de una magistratura que se ejerce sin asesores, exigiera que fueran elegidos entre los jueces del Tribunal de primera instancia más acreditados por el saber y la experiencia, y si realzara sus funciones, ya fuese asignándoles un sueldo digno y elevado, ya realzando su grado jerárquico que podría ser el mismo que el de presidente de Tribunal"(49).

El silencio respecto a la conciliación previa supuso una pérdida importante para la justicia de paz, porque desde entonces se redujo a la escala más

(48) Ver: DE LA LAMA, Miguel Antonio. *Código de Enjuiciamientos en Materia Civil*. Imprenta y Librería Gil. Lima, 1894, p. 437.
(49) Ibídem, p. 437 y ss.

baja del Poder Judicial, competente solo para conocer problemas de mínima cuantía, y que por Ley Nº 4871 del 3 de enero de 1924, se estableció que la judicatura de paz de Lima fuera ejercida por letrados, haciéndose extensiva al Callao y a las capitales de departamento en setiembre del mismo año, con lo que se dividió a la justicia de paz en letrada y no letrada, la primera estrechamente vinculada al Poder Judicial a partir de su incorporación en una jerarquía ligeramente superior y compartiendo con los demás jueces la característica de ser abogados; siendo que los jueces de paz no letrados se convierten en el nivel más bajo del Poder Judicial, ligándose a las clases más pobres.

Será a partir de 1912 que, según lo manifestado por el artículo 103 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señalaba que "los jueces de primera instancia están facultados para ordenar un comparendo en cualquier estado del juicio y procurar por este medio la conciliación de las partes", que la conciliación se vuelve procesal (dentro del proceso), facultativa (cuando la pedía el juez o las partes, lo que ya debía considerarse como una situación extraña dentro de la lógica procesal de entonces), ante el juez del litigio y, en cualquier momento del proceso. Con criterio similar, fue regulada la conciliación en las posteriores leyes orgánicas del Poder Judicial de 1963[(50)] y 1992[(51)], como una facultad del juez de la causa[(52)].

(50) Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963:
"Artículo 183.- Los jueces de Primera Instancia en lo Civil están facultados para ordenar un comparendo en cualquier estado del juicio y procurar por este medio la conciliación de las partes sobre todo el litigio o, de no ser posible, sobre algunos puntos concretos del mismo. Si la conciliación se realiza en forma total se sentará acta indicando con precisión el acuerdo a que lleguen las partes. Si es solo parcial, se indicará en el acta los puntos en que las partes están de acuerdo y aquellos otros en que no están conformes y se dejan para la resolución judicial. Ratificadas las partes en el texto del acta, con asistencia de su respectivo abogado, procederán a firmarla y entonces los acuerdos que se hayan concertado serán exigibles en vía de ejecución de sentencia, formándose cuaderno separado cuando la conciliación es solo parcial".

(51) Ley Orgánica del Poder Judicial de 1992:
"Artículo 185.- Son facultades de los magistrados:
1. Propiciar la conciliación de las partes mediante un comparendo en cualquier estado del juicio. Si la conciliación se realiza en forma total se sienta acta indicando con precisión el acuerdo a que lleguen las partes. Si es solo parcial, se indica en el acta los puntos en los que las partes están de acuerdo y aquellos otros en que no están conformes y que quedan pendientes para la resolución judicial. Ratificadas las partes en el texto del acta, con asistencia de su respectivo abogado, proceden a firmarla, en cuyo caso los acuerdos que se hayan concertado son exigibles en la vía de ejecución de sentencia, formando cuaderno separado cuando la conciliación es solo parcial.
No es de aplicación esta facultad, cuando la naturaleza del proceso no lo permita".

(52) Conviene mencionar que en los casos de alimentos, se estableció un sistema de obligatoriedad de llevar a cabo la audiencia de conciliación al interior del proceso respectivo, según se desprende de una lectura de los artículos 9 y 10 del Decreto Ley Nº 20177, del 16 de octubre de 1973, referente a juicio de alimentos. De la misma manera, los artículos 9 y 10 del Decreto Legislativo Nº 128, de fecha 12 de junio de 1981, relativo al juicio sumario de Alimentos. En ambos casos nos encontramos ante una audiencia obligatoria y dentro del proceso. Ver: Elvito RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ. "La Conciliación en el Derecho Procesal Civil Peruano". En: *Manual de Derecho Procesal Civil*. 2ª edición actualizada y aumentada. Grijley, Lima, 1998, p. 430 y ss.

2.4. Código Procesal Civil de 1993

A diferencia de su antecesor de 1912, (y hasta antes de la modificatoria contenida en el Decreto Legislativo Nº 1070 del 28 de junio de 2008) el Código Procesal Civil de 1993 sí regulaba la institución de la conciliación pero con el carácter de ser una audiencia obligatoria que debía realizar el juez al interior del proceso, perdiendo su carácter de ser preprocesal. Durante su vigencia se estableció la conciliación procesal en el Perú con las siguientes características: procesal (dentro del proceso); obligatoria, bajo sanción de nulidad del proceso; se hacía ante el juez del litigio; y, se hacía en la audiencia de conciliación respectiva o en cualquier momento posterior del proceso, a pedido del juez o de las partes.

Esta forma de conciliación llamada **procesal** está normada, básicamente, en dos partes del Código Procesal Civil, a saber:

- La primera parte se remite a considerarla como una de las formas especiales de conclusión del proceso (junto con el allanamiento y reconocimiento, la transacción judicial, el desistimiento –de la acción y de la pretensión– y el abandono), y regulándola como tal en los artículos 323 al 329 que se encuentran en el Capítulo I sobre Conciliación, Título IX, Formas Especiales de conclusión del proceso, Sección Tercera sobre Actividad Procesal, del Libro I sobre Justicia Civil[53].

  Por lo regulado en los artículos mencionados, las partes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia, recurriendo para ello ante un centro de conciliación elegido por las partes, no obstante, si ambas partes lo solicitan, puede el juez convocarla en cualquier etapa del proceso, siendo que el juez no es pasible de ser recusado por las manifestaciones que pudiera formular en la audiencia de conciliación. Por otro lado, solamente será aprobada la conciliación que trate sobre derechos disponibles siempre que el acuerdo se adecue a la naturaleza jurídica del derecho en litigio, con lo que se concluye el proceso con el mismo efecto de una sentencia en el sentido de tener autoridad de cosa juzgada, existiendo la posibilidad de realizar conciliaciones parciales, en cuyo caso se continuará el proceso respecto de las pretensiones o de las personas no afectadas.

(53) Con la promulgación del Decreto Legislativo Nº 1070 del 28 de junio de 2008, se derogaron los artículos 326 y 329 del Código Procesal Civil, a la vez que se modificaron los artículos 324 y 327 del mismo cuerpo normativo, transformando a la conciliación judicial como un acto facultativo para las partes.

Es importante recalcar que, según la regulación contenida en el derogado artículo 326 del Código adjetivo, el juez debía escuchar las razones que se expongan y de inmediato estaba obligado a proponer una fórmula de conciliación que su prudente arbitrio le aconsejase, y si esta fórmula fuese aceptada por las partes, se debería anotar en el Libro de Conciliaciones del Juzgado, dejándose constancia en el expediente; pero si esta no fuese aceptada, entonces se debería extender un acta describiéndose la fórmula planteada, mencionándose además la parte que no prestó su conformidad a la misma. Otro asunto importante radicaba en el hecho de que, si la sentencia otorgaba igual o menor derecho que el que se propuso en la conciliación y fue rechazado, se le imponía a la parte que lo rechazó una multa no menor de dos ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, salvo que se trate de procesos de alimentos, en cuyo caso el juez puede reducir la multa en atención al monto demandado y al que se ordena pagar en sentencia. Este procedimiento ha quedado sin efecto, puesto que la audiencia conciliatoria se realiza ahora fuera del local del juzgado o a pedido de ambas partes, adoptando un carácter facultativo.

- La segunda parte, dentro de la etapa postulatoria del proceso, se encontraba regulada en los artículos 468 al 472 que se encuentra en el Título VI sobre Audiencia Conciliatoria o de Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio, dentro de la Sección IV (Postulación del proceso) del Libro I (Justicia Civil) del mismo Código. De estos artículos, el artículo 468 ha sido modificado prescindiendo de la realización de la audiencia conciliatoria; por su parte han sido derogados los artículos 469 al 472.

  Hasta antes de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N° 1070, señalaba el Código Procesal que, una vez expedido el auto que declara saneado el proceso o subsanados los defectos advertidos, el juez fijaba día y hora para la realización de la audiencia conciliatoria, con el fin de propiciar la conciliación entre las partes, con lo cual podían ocurrir dos situaciones: si hay acuerdo conciliatorio, el juez debía especificar cuidadosamente el contenido del acuerdo y el acta que se suscriba deberá ser debidamente firmada por los intervinientes adquiriendo el mismo valor que una sentencia con autoridad de cosa juzgada, se concluye el proceso evitándose la expedición de sentencia, pero solucionando la controversia de manera definitiva, siendo que los derechos que de allí emanen pueden ser ejecutados, protocolizados o inscritos con el solo mérito de la copia certificada

del acta. Pero, si no hay acuerdo, el juez, con lo expuesto por las partes, procedería a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba, ordenando luego la actuación de los medios probatorios y la continuación del proceso.

Pero, a partir de la reforma contemplada en el Decreto Legislativo Nº 1070, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008, podemos apreciar que se ha eliminado la obligatoriedad de la realización de la audiencia de conciliación, volviendo al sistema facultativo que imperaba bajo la vigencia del anterior Código de Procedimientos Civiles, con lo que tenemos que no se elimina totalmente su realización, sino que se faculta a las partes a solicitarla si es que ellas lo desean.

3. A nivel legislativo

3.1. Ley Nº 26872, de conciliación (extrajudicial)

En noviembre de 1997 fue promulgada la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación, la que ha sido objeto de diversas modificaciones, siendo una de capital importancia la incorporada por el Decreto Legislativo Nº 1070 publicado en el diario oficial el 28 de junio de 2008.

Asimismo, la Ley de Conciliación fue reglamentada en enero de 1998 mediante Decreto Supremo Nº 001-98-JUS, el que fuera derogado por el nuevo Reglamento contenido en el Decreto Supremo Nº 004-2005-JUS. Actualmente, la norma de desarrollo es el vigente Reglamento contenido en el Decreto Legislativo Nº 014-2008-JUS.

El marco normativo originario establecía que la conciliación extrajudicial era un requisito de admisibilidad que debía cumplirse de manera previa a la interposición de una demanda que verse sobre derechos disponibles. Se estableció un periodo de *vacatio legis* de 24 meses para su entrada en vigencia.

Esta obligatoriedad se produciría, en principio, a nivel nacional a partir del 14 de enero de 2000, cuando hubieran transcurrido veinticuatro meses de la entrada en vigencia de la ley de conciliación, conforme a lo señalado por la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la ley[54],

(54) Ley de Conciliación. Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales.
"Primera.- Vigencia.- La presente ley entra en vigencia a partir de los sesenta días siguientes a su publicación".
"Tercera.- Suspensión de la Obligatoriedad.- La obligatoriedad a la que se refiere el artículo 6 rige a partir de los veinticuatro (24) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente Ley. Durante el periodo intermedio el procedimiento de Conciliación regulado en la presente ley será facultativo".

plazo prorrogado por Ley N° 27218 hasta el 14 de enero del año 2001, facultándose el Poder Ejecutivo a disponer la conciliación extrajudicial obligatoria antes de esa fecha, en determinadas ciudades, algo que sucedió mediante la promulgación del Decreto Supremo N° 007-2000-JUS por el cual se implementó desde el 2 de noviembre de 2000 un plan piloto de obligatoriedad de la Conciliación Extrajudicial para los distritos conciliatorios de las provincias de **Trujillo** y **Arequipa**, así como en el distrito judicial del **Cono Norte de Lima**, con excepción de la provincia de Canta, mediante el cual se la implementa como requisito de admisibilidad **únicamente en casos de derechos disponibles**, excluyendo las materias sobre derechos de familia y laborales.

De igual manera, el ámbito de aplicación espacial de la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial quedó ampliado por Ley N° 27398 de fecha 13 de enero de 2001, mediante la cual se implementa la obligatoriedad de la conciliación en el distrito conciliatorio de **Lima** y **Callao** a partir del 1 de marzo de 2001, para las mismas materias conciliables señaladas para la implementación del plan piloto en los distritos conciliatorios antes mencionados. En estos lugares era obligatorio para las partes acudir a un centro de conciliación para buscar solución total o parcial a su conflicto o controversia antes de acudir al órgano jurisdiccional a solicitar tutela efectiva, en los casos que se trate de pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles, excluyéndose temporalmente los temas de derecho familiar y laboral. En los demás distritos conciliatorios la obligatoriedad se implementaría progresivamente por parte del Ministerio de Justicia.

Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 1070, del mes de junio de 2008 modificó tanto la Ley de Conciliación y el Código Procesal Civil.

La conciliación extrajudicial es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un centro de conciliación extrajudicial a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto. Este procedimiento se desarrolla previo a la presentación de una demanda ante el Poder Judicial, señalándose que es un requisito de procedibilidad para las demandas que versen sobre materias conciliables a presentarse a nivel nacional. Se afirma esto en la medida en que el modificado artículo 6 de la Ley de Conciliación establece que si la parte demandante no solicita ni concurre a la audiencia de conciliación, el juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar. En la práctica esto genera un régimen de obligatoriedad de concurrencia de las partes, puesto que el modificado artículo 15 de la Ley de Conciliación prescribe que la inasistencia de la parte invitada a la audiencia de conciliación, no lo habilita

para formular reconvención a la vez que produce en el proceso judicial que se instaure, presunción legal relativa de verdad sobre los hechos expuestos en el acta de conciliación y reproducidos en la demanda.

Sus características son las siguientes: es previa a la instauración de un proceso al ser requisito de procedibilidad; es obligatoria la concurrencia (por lo menos del solicitante); y se realiza con la participación de un conciliador, en un centro de conciliación. Con esta forma de conciliación se evita el litigio.

La Ley N° 26872 declara de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, señalando que la conciliación propicia una cultura de paz. Estos propósitos coinciden plenamente con los fines del proceso judicial. Así, el Código Procesal Civil señala que el juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. Vemos que existe un objetivo común por parte de la administración de justicia y los medios alternativos o complementarios de resolución de conflictos, esto es, la paz social, formando una nueva mentalidad en la ciudadanía, intentando que ella opte por preferir la solución del conflicto antes que litigar y generar confrontaciones que perturben la armonía social.

La modificación introducida al Código Procesal Civil transforma a la conciliación procesal en una institución facultativa, que para su realización en sede jurisdiccional requiere del pedido conjunto de ambas partes procesales al juez de litigio.

Estas dos formas de conciliación (la procesal y la extrajudicial) tienen sus propias vías y sus propios procedimientos lo cual está expresado en la sétima disposición complementaria, transitoria y final de la Ley de Conciliación al señalar que "el procedimiento de conciliación creado en ella se realiza de modo independiente de aquel que regula el Código Procesal Civil". Las características de ambos sistemas conciliatorios (preprocesal y procesal) serán analizadas posteriormente.

V. CONCLUSIONES

En el Perú, la institución conciliatoria ha tenido una regulación normativa que respondía a las concepciones que cada época le otorgaba al proceso en lo que respecta a la finalidad que debía cumplir. El signo distintivo había sido en un primer momento fomentar el arreglo previo ante el denominado

jueces de paz mediante mecanismos de conciliación, siendo que el juicio se iniciaba recién si se verificaba la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

Tal vez el problema en la implementación de los diversos marcos normativos reposa en una serie de factores. Por un lado, existía el mandato legal de que los jueces ejerzan función conciliadora (ya sea de manera previa al proceso o al interior de este), pero esta función era ejercida de manera empírica, con un matiz estrictamente legal propio de la formación jurídica del magistrado, sin que este preste atención al aspecto relacional entre las partes en conflicto, ni procurando un acercamiento de las partes en disputa mediante el empleo de técnicas de comunicación que reposen en la persuasión y la avenencia, puesto que al final el magistrado era de la percepción que él iba a imponer la decisión final en la sentencia. He aquí la diferencia sustancial con un conciliador extrajudicial, el mismo que cuenta con una formación y capacitación previa que le permite manejar adecuadamente situaciones de conflicto, sobre la base de la aplicación de técnicas de comunicación que persiguen un acuerdo mutuamente satisfactorio sobre la base del consenso.

Asimismo, el tiempo destinado a la realización de la audiencia conciliatoria colisionaba directamente con el tiempo a dedicarse a la realización de otras diligencias judiciales, esto como consecuencia de la sobrecarga procesal. Como consecuencia de ello, la audiencia de conciliación judicial se llegaba a realizar de manera mecánica, siendo que el magistrado recién tomaba conocimiento de la controversia momentos antes de la realización de la audiencia, y las propuestas de aquel contenidas en fórmulas conciliatorias propuestas a las partes no eran aceptadas mayormente por estas en la medida en que no satisfacían mínimamente sus expectativas ni sus intereses. Mayormente estas audiencias eran llevadas a cabo con premura, toda vez que la excesiva carga procesal demandaba no invertir mucho tiempo en su realización puesto que se afectaba la realización de otras diligencias, cosa que no se presenta en un centro de conciliación, que se dedica exclusivamente a la realización de audiencias de conciliación, empleando el tiempo necesario para su realización.

Otro aspecto a considerar es el ámbito donde se desarrolla la conciliación, puesto que los juzgados mayormente carecen de la infraestructura necesaria que proporcione la comodidad y confidencialidad que la audiencia conciliatoria requiere. Este tema es superado con ventaja por los centros de conciliación, los cuales para ser autorizados a funcionar deben cumplir con brindar un ambiente propicio y adecuado para cumplir con los objetivos de la conciliación.

Sea como fuere, la institución conciliatoria en sí misma no es negativa, sino que lo que la ha hecho objeto de cuestionamientos a lo largo del tiempo ha sido la forma en que se llevado a la práctica el intento conciliatorio. Tal vez creemos que en lugar de optar por eliminar la conciliación judicial se hubiera apostado por reforzar las facultades conciliadoras de los jueces mediante una adecuada capacitación y mejoramiento de la infraestructura de los juzgados, todo esto dentro de la óptica de no cerrar posibilidades de conciliar el conflicto de intereses, ya sea antes o después de presentada la demanda, puesto que como lo ha demostrado el propio **Plan Piloto**, ambos sistemas conciliatorios (judicial y extrajudicial) se complementaban.

En todo caso, de lo que se trata es no perder el rumbo respecto de los objetivos que se persiguen con la Ley de Conciliación, esto es, brindar a las partes un espacio de diálogo en el que puedan ventilar sus controversias de manera pacífica, contando con la ayuda de un tercero capacitado y cuya gestión satisfactoria les permita arribar a un acuerdo de manera rápida y económica, pero lo más importante, un acuerdo con mayor vocación de cumplimiento en la medida que es acordado de manera voluntaria.

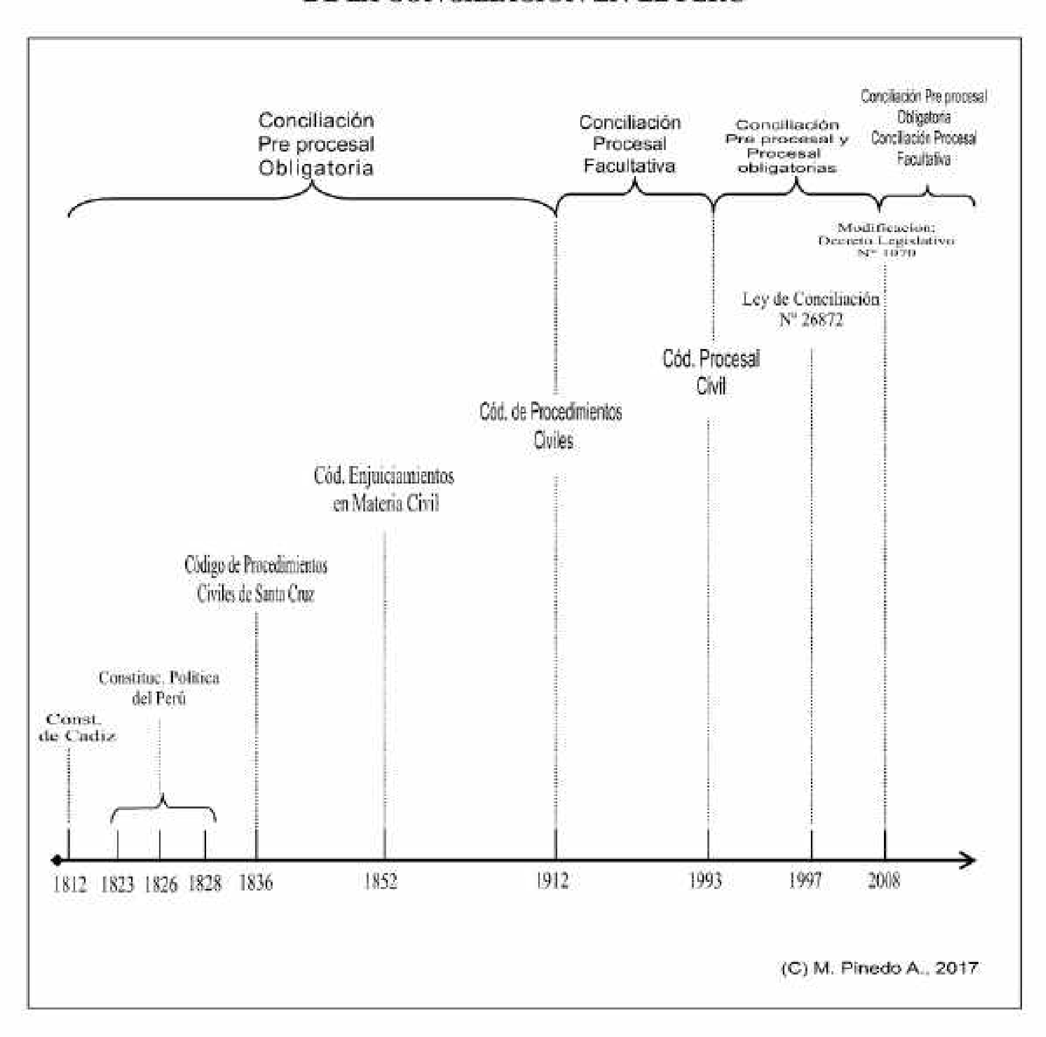
GRÁFICO
SITUACIÓN ACTUAL
DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL Y PROCESAL

Comparación de la Conciliación después de la modificación del DL 1070

DEMANDA

Conciliación Extrajudicial	Conciliación Procesal
• Requisito de PROCEDIBILIDAD Exigible en los distritos conciliatorios donde está vigente la obligatoriedad. • No es exigible en el resto del país. • Únicamente para Derechos Disponibles.	Por modificación introducida por el DL 1070 ahora la Audiencia es FACULTATIVA por iniciativa de las Partes. • No aplica para temas de familia donde sigue siendo obligatoria.

GRÁFICO
EVOLUCIÓN NORMATIVA
DE LA CONCILIACIÓN EN EL PERÚ



CAPÍTULO III

LA COINCIDENCIA DE OBJETIVOS ENTRE EL EMPLEO DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA COMO FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS



LA COINCIDENCIA DE OBJETIVOS ENTRE EL EMPLEO DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA COMO FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS[55]

"El fin supremo del proceso es procurar justicia, para cuya garantía se estima esencial un sistema que se asiente en la independencia y la imparcialidad (...) El prevalecimiento de la justicia individual y social reclaman que el juez intervenga en la dirección del proceso en el grado, sin rebasarlo, que requieran su economía y su eficacia, ordenadas al fin supremo de la justicia".

Ley de Enjuiciamiento Civil española - 1984
(Exposición de motivos)

I. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

La Constitución Política de 1993 consagra en su artículo 139, numeral 3, que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, en consecuencia ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimiento distinto a los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. En este orden de ideas, de conformidad a lo señalado en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

(55) La versión original de este trabajo fue publicada como: "La conciliación extrajudicial y el derecho de acceso a la justicia como formas de resolución de conflictos". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Nº 25. Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2015, pp. 215-224.

En palabras de Monroy[56], puede considerarse dos grandes momentos para ubicar este derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: un primer momento lo tenemos antes del proceso y por el cual se le considera como aquel derecho que tiene toda persona, en tanto es sujeto de derechos, de exigir al Estado provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos indispensables para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias. Un segundo momento se da durante el proceso, que contiene el haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participe en un proceso judicial, y que puede desdoblarse a su vez en **derecho al proceso y derecho en el proceso**.

Debe entenderse que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la cual se materializa al interior de un proceso con el derecho de acción (para el caso del demandante, que interpone su demanda en verdadero ejercicio de su derecho de acción, y que busca tutela jurídica de sus derechos) y el de contradicción (para el caso de ser demandado, que se ve forzado a contestar la demanda incoada en su contra). Este derecho supone que toda persona tiene la aptitud de poder recurrir ante el órgano jurisdiccional para la defensa de sus derechos, solicitando un acto de solución a la controversia que es impuesto por el juez, prescindiendo de la voluntad de las partes. Esta forma de solución de conflictos establece un sometimiento de las partes a la autoridad del magistrado, el cual compara el conflicto de intereses con criterios de solución contenidos principalmente en la norma positiva y declara el derecho de una de ellas al final de un proceso judicial en el que respetando las más elementales normas que garantizan el derecho a un debido proceso se actúan los medios probatorios que finalmente le causan certeza de lo afirmado o negado por los sujetos procesales.

II. EL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Si consideramos a la administración de justicia como un servicio que es prestado por el Estado a la comunidad, mediante la solución de las controversias que surgen al interior de la sociedad, podríamos afirmar que lo que busca el Estado mediante este servicio es restablecer la paz social y facilitar el desarrollo de la sociedad. Así, cuando surge entre dos individuos una controversia, dos intereses distintos impulsan al Estado a interponerse entre los contendientes: el primero es el interés en el mantenimiento de la convivencia social de manera pacífica lo que significa que el litigio debe cesar lo más pronto posible a fin de que no se prolongue la amenaza a la tranquilidad de la asociación que

(56) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 245-247.

lleva consigo; el segundo es el interés en la actuación del derecho objetivo, que reclama que el litigio sea decidido según el derecho, a fin de que la voluntad jurídica del Estado quede confirmada en el caso concreto.

Cuando el Estado se entromete entre los litigantes a través de la labor del juez, la satisfacción de los dos intereses indicados se produce simultáneamente con el pronunciamiento de la sentencia, la cual, por una parte, resuelve el litigio y por otra actúa la ley[57], pero esto no quiere decir que los dos intereses deban en todos los casos quedar satisfechos en el mismo momento; incluso, se puede pensar que estos dos intereses se encuentren en conflicto entre sí y que la satisfacción de uno excluya o aleje la satisfacción del otro, en cuanto no sea posible una pronta solución del litigio sin renunciar a las investigaciones ponderadas, únicas que pueden llevar a una decisión justa, y, viceversa, no sea posible llegar a una decisión conforme a derecho sin renunciar a las ventajas de la solución inmediata. Se podría imaginar por eso que el Estado, en lugar de satisfacer el interés en el mantenimiento de la paz social mediante una rápida solución de la controversia, trata de eliminar las difíciles y largas pesquisas que son necesarias para obtener una decisión según justicia, y se limitase a imponer a los litigantes una solución cualquiera de su controversia.

III. EL MONOPOLIO ESTATAL JUDICIAL

La tendencia mayoritaria por la población siempre ha sido aceptar que la única forma **legal** y **válida** de solucionar una controversia es la que realiza el juez, ya que forma parte de un cuerpo especializado en administrar justicia –el Poder Judicial– y que cumple tan importante rol dentro de la sociedad por delegación de los ciudadanos y regulada de manera constitucional[58]. Por

(57) CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 62.

(58) Recordemos que en la Europa medieval los monarcas absolutos concentraron el ejercicio de la función jurisdiccional al dictar las leyes y administrar justicia, debiendo delegar esta última función por razones de densidad demográfica y extensión territorial en personas cercanas a ellos dada la imposibilidad de hacerlo directamente. Es a finales del siglo XVIII, con la llegada de las ideas democráticas contemporáneas y en plena etapa germinal de los Estados europeos occidentales, que se llegó a la conclusión de que la función jurisdiccional no podía estar en las mismas manos de quienes aprobaban las leyes y quienes las ejecutaban, porque eso significaba reunir demasiado poder en aquellos órganos y podía conducir a la tiranía, lo que se resume de manera muy concreta en las palabras de Lord Acton: "Todo poder corrompe, y el poder absoluto corrompe absolutamente". Y como consecuencia de la Revolución liberal de 1789 en Francia, se afianzó la idea de confiar la resolución de conflictos a jueces organizados dentro de un Poder Judicial autónomo de los otros poderes del Estado. Probablemente, no es cierto que Montesquieu creyera posible imitar en Francia al gobierno inglés, en el cual las controversias entre la corona y los tribunales del *common law* y entre la Corona y el Parlamento habían dado importancia concreta a la separación de poderes, pero en su libro "El Espíritu de las Leyes" atribuía la libertad de que gozaba Inglaterra a la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y a la existencia de frenos y contrapesos entre esos poderes, estableciendo esas doctrinas como dogmas del constitucionalismo liberal. Cfr. SABINE, George H. *Historia de la Teoría Política*. 1ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 427.

ello es común sostener que el poder público del Estado, por medio del órgano jurisdiccional, es el único legitimado para resolver los conflictos que surgen entre los miembros de una sociedad al haberse apropiado de la facultad de estos de solucionar sus conflictos para ejercerlo a través de un órgano especializado que forma parte de él, esto es, el Poder Judicial.

Esta tesis, conocida como **tesis del monopolio estatal judicial** sostiene que los particulares deben someter todas sus controversias a conocimiento del órgano jurisdiccional por ser la administración de justicia un servicio público de exclusividad estatal, por tanto, la renuncia a instaurar la acción judicial confiando a un tercero ajeno a este poder del Estado la solución de la controversia sería inconstitucional por violar la soberanía del Estado. De esta forma, la idea de solucionar conflictos mediante un proceso, acudiendo ante el Poder Judicial a través de la interposición de la respectiva demanda ante este órgano especializado en administrar justicia, mediante el desarrollo del proceso judicial propiamente dicho y que de manera autónoma forma parte del Estado conjuntamente con los poderes Ejecutivo y Legislativo, se arraigó y se ha mantenido como imperante, quedando como verdad inmutable hasta nuestros días[59].

(59) Peyrano menciona las etapas habidas en la evolución de los conocimientos procesales hasta nuestros días, a saber: la primera etapa, denominada *práctica forense*, se dedicaba al estudio del modo de litigar en cierta y determinada sede judicial. Posterior a la primera etapa, y con el advenimiento de los Estados nacionales y la aparición de cuerpos codificados de naturaleza procesal (las llamadas *ordenanzas*) trajeron consigo la deificación de la ley en general, y de la procesal en particular. Surgió, pues, y como lógica consecuencia, el *procedimentalismo*; que no significa otra cosa que el trasvasamiento de la ideología y de la metodología de la Exégesis del Código Napoleón al ámbito ahora de lo procesal. Dada la mayor vigencia territorial de los distintos códigos de procedimiento, los frutos de la labor de los procedimentalistas podían ser aprovechados en todas las sedes judiciales donde fuera de aplicación el código respectivo. Luego de lo anterior, a comienzos del siglo XX, entramos a la era del *procesalismo*, caracterizada por el ascenso del Derecho procesal al rango de ciencia, cosa que no había ocurrido antes ya que el derecho procesal había estado esclavizado al Derecho Civil y al Derecho Penal. Es el descubrimiento de esta autonomía del derecho de acción lo que vino a independizar al Derecho Procesal Civil y a concederle el rango de disciplina científica con principios propios. El problema fue que los procesalistas fueron tentados en su mayoría a realizar una especie de arquitectura procesal en los planos teóricos, olvidándose de la realidad a la que debían servir, en un afán por abarcar y sistematizar todo. La última etapa, la del *eficientismo procesal*, posee características bien definidas, como el acceso de la eficacia a la escala de valores del proceso, que, desde una perspectiva menos trascendente (pero igualmente importante) se traduce en la actual preocupación por el cabal rendimiento del servicio de la justicia; que solo es considerado eficaz cuando verdaderamente cumplimenta los fines que de él se esperan. Igualmente computable resulta verificar la creciente inclinación de la doctrina por hacer ciencia interdisciplinaria; es decir, por examinar el fenómeno procesal (y sobre todo su eventual reforma) con la ayuda de ciencias auxiliares, como la Psicología, la Estadística y la Sociología. El eficientismo procesal apunta a poner en rendidor contacto el qué es con el para qué es, para así estar en buenas condiciones de aceptar (por servicial) o de rechazar (por inservible), por ejemplo, una nueva institución procesal. El eficientismo, en definitiva, no es otra cosa que el paladino reconocimiento de que ya no resulta suficiente hallar una bella idea, puesto que además es necesario probarla, para saber así acerca de sus bondades o de sus defectos. PEYRANO, Jorge W. "El cuarto estadio de los conocimientos procesales: el *eficientismo* Procesal". En: *Derecho Procesal Civil de Acuerdo al CPC Peruano*. Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 71-86.

La tesis del monopolio estatal de la administración de justicia se manifiesta en el uso recurrente del órgano jurisdiccional como mecanismo de resolución de las controversias por parte de buen sector de la población al considerarlo como el único mecanismo legítimo para resolver los problemas que se presentan en la sociedad, lo que genera una sobrecarga que se convierte en uno de los principales problemas que afecta al Poder Judicial tanto en nuestro país como en otros Estados de la comunidad internacional y particularmente de América Latina, ya que se encuentra abrumado por una gran cantidad de causas sometidas a sus fallos. Si a esto sumamos el retardo y morosidad en la resolución de las causas, así como la falta de una adecuada infraestructura física de los locales judiciales y la generalizada percepción de inmoralidad y corrupción, podríamos hablar que para el sentir del ciudadano común no se trata de administración de justicia sino de formalización de la injusticia, lo que trae como consecuencia la falta de credibilidad en el sistema judicial en su conjunto.Todo esto ha llevado a un consenso y a un convencimiento compartido de que sin un Poder Judicial eficiente no hay democracia, entendida en su aspecto que el Estado brinde al ciudadano mecanismos concretos y eficaces de protección y respeto de sus derechos.

IV. LA DESMONOPOLIZACIÓN DEL SERVICIO DE JUSTICIA

En 1960, Ronald Coase –Premio Nobel de Ciencias Económicas en 1991 por el descubrimiento y clarificación del significado de los costes de transacción y derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía– propuso una idea básica del análisis económico que se conoce como el teorema de Coase[60], el cual sostiene que el Estado deberá intervenir si los beneficios netos de su actuación son mayores que los de su no intervención, es decir, cuando debido a los costes de transacción y a la presencia de externalidades, la solución no pueda alcanzarse sin la asignación de la titularidad del derecho por una norma jurídica emanada del mismo Estado y por una autoridad estatal con poder para hacerlo.

Todo Estado aspira a servir a los ciudadanos y ayudarlos a conseguir la maximización de sus beneficios, es decir, para ayudarlos a ser eficientes. Así, un objetivo final del Estado sería el permitir el funcionamiento de un mercado eficiente donde se logre el desarrollo, que es el equivalente a conseguir la maximización del bienestar de la población. Una característica de un Estado que pretenda ser maximizador de los beneficios es la función garantizadora

(60) Ver: COASE, Ronald. "The problem of social cost". en: *Journal of Law and Economics*. Vol. 3, Chicago, 1960.

del derecho que consiste en el intercambio de un grupo de servicios denominados protección y justicia, por rentas[61].

Si el Estado no logra ser eficiente, entonces comenzarán a presentarse problemas y a cuestionarse a las instituciones que forman parte de él. Así, el Estado se torna ineficiente pero seguirá cobrando rentas intentando maximizarlas, pero no brindará adecuadamente los servicios de protección y justicia, dejando de cumplir su función garantizadora del derecho, haciendo que los individuos vuelvan al estado de la naturaleza, con el agravante de que nos encontramos ante un Estado que cobra a cambio de nada, esto es, un Estado ineficiente que no sirve, pero sí perjudica, pues en vez de ser un agente promotor de seguridad jurídica, crea inseguridad. Los individuos pierden fe en el Estado y van abandonándolo paulatinamente conforme toman conciencia que es un estorbo y no una solución a sus conflictos, buscando escapar de su esfera de acción y actuando de manera contraria al llamado ordenamiento formal, logrando que las personas se replieguen hacia el sector extralegal, y contrario a lo que podría pensarse, esta subclase extralegal no constituye una minoría que vive al margen de la sociedad, sino que existen países en vías de desarrollo donde la extralegalidad siempre ha sido predominante[62].

El ex ministro de Justicia Alberto Bustamante señalaba allá por 1993 que la problemática del Poder Judicial siempre se ha constituido como un tema de fundamental importancia en el Perú, ya que pareciera muy extraño que pueda existir un país en el que se pretenda el funcionamiento de una economía de mercado y la simultánea puesta en vigencia del Estado de derecho sin que todo ello se encuentre garantizado por la existencia de un servicio de justicia eficiente, activo y legítimo, siendo poco probable el funcionamiento de una economía sin un sistema judicial que garantice a los agentes económicos y ciudadanos el cumplimiento de los contratos, sancione su incumplimiento o compense a las víctimas de la inejecución contractual[63].

A decir de Eduardo Schvarstein[64], la resolución de disputas en el Poder Judicial nos ha llevado a dirimir nuestras disputas ante el juez no como una elección propia, sino como una imposición cuando creemos que ya nada

(61) NORTH, Douglas. *Estructura y cambio en la historia económica*. Alianza Editorial. Madrid, 1981, p. 38.

(62) Sobre el fenómeno de la creciente extralegalidad, no hay en el mundo muchos gobiernos en condiciones de competir con el poder extralegal, siendo que el Estado ya ha sido superado. Ver: DE SOTO, Hernando. *El misterio del capital*. El Comercio, Lima, 2000, p. 113 y ss.

(63) BUSTAMANTE BELAÚNDE, Alberto. *Justicia alternativa*. Instituto de Economía de Libre Mercado. Lima, 1993, p. 18.

(64) SCHVARSTEIN, Eduardo. Prologando el libro de SUARES, Marinés. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 25.

podemos hacer por nosotros mismos, es decir, asumimos una incapacidad de poder resolver por nosotros mismos nuestros conflictos. Así, la eficiencia de la administración de justicia en los tribunales se ha visto resentida en la misma medida en que ha crecido el orden de estas imposiciones. Los jueces no conocen a quienes juzgan, los abogados recurren a prácticas dilatorias en beneficio propio y de sus clientes, los recursos son cada vez más escasos y la demora judicial se constituye en una irritante manifestación de injusticia.

Esta problemática ha intentado ser aliviada no solo por procedimientos como la reforma del Poder Judicial, sino que son los mismos usuarios del sistema judicial los que han generado en los últimos tiempos nuevas y verdaderas opciones de solución al problema de la administración de justicia en nuestro país y la consecuente abolición del monopolio estatal de administración de justicia, buscando como consecuencia descongestionar el despacho judicial, mejorar el servicio de administración de justicia y buscar la pacificación de la sociedad civil, recurriendo a medios alternativos de resolución de conflictos en el ámbito extrajudicial, tales como los tribunales arbitrales y los centros de conciliación extrajudicial.

Además, actualmente se presenta una tendencia al interior del Estado que se orienta en la delegación de parte de estas funciones de resolución de conflictos en la colectividad para que esta recurra a otro tipo de mecanismos distintos al Proceso Judicial y que, además, el propio Estado se encarga de incentivar o promocionar y, por lo menos, en lo que respecta a la conciliación se constituye en una forma más simple, directa y expeditiva de búsqueda de soluciones procurando en lo posible mantener y restaurar la armonía entre las partes involucradas.

En esta orientación podemos mencionar al **Acuerdo Nacional**, suscrito el 22 de julio de 2002 y que está conformado por un conjunto de 31 políticas de Estado constituidas como una especie de compromiso asumido por los partidos políticos, las organizaciones sociales y el gobierno con la nación y que fueron concebidas en un espacio de diálogo y concertación orientadas en función de un proyecto a largo plazo de desarrollo en democracia. Estas políticas de Estado fueron resultado del consenso y definen en la práctica un programa nacional de desarrollo. La vigésimo octava política de Estado establece como obligación del Estado la difusión de la conciliación, la mediación, el arbitraje y en general los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como una forma de garantizar el acceso a la justicia, entendido como el logro de una resolución adecuada a las controversias que se presentan en la sociedad[65].

(65) ACUERDO NACIONAL: VIGÉSIMO OCTAVA POLÍTICA DE ESTADO. Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial.

Por su parte, el artículo 149 de nuestra actual Constitución Política reconoce a las comunidades nativas y campesinas la posibilidad de ejercer funciones jurisdiccionales para resolver conflictos dentro de su ámbito territorial y de conformidad con su derecho consuetudinario, reconociéndose la posibilidad de que sus costumbres tengan valor jurídico.

Asimismo, el texto para el debate del **Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución** elaborado durante la gestión de Henry Pease en la presidencia del Congreso de la República contempló en su artículo 226 el reconocimiento a nivel constitucional de técnicas no jurisdiccionales de resolución de conflictos e incertidumbres jurídicas como la conciliación, la negociación y el arbitraje, de acuerdo a lo previsto en las leyes sobre la materia(66), hecho que significó un gran avance pero que lamentablemente no llegó a aprobarse.

V. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Los medios alternativos de solución de conflictos –también llamados medios o mecanismos alternativos de resolución de conflictos, resolución alternativa de disputas o de controversias, o últimamente conocidos como métodos participativos de justicia–, apuntan hacia una noción más amplia y abarcadora del concepto de justicia y se basan en un supuesto básico: la solución de un conflicto de intereses sin tener que acudir al órgano jurisdiccional, optándose por que la solución no sea adoptada por los jueces sino que sea consecuencia del

Nos comprometemos a garantizar el acceso universal a la justicia, la promoción de la justicia de paz y la autonomía, independencia y el presupuesto del Poder Judicial así como regular la complementariedad entre este y la justicia comunal. Asimismo, nos comprometemos a adoptar políticas que garanticen el goce y la vigencia de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre la materia.

Con este objetivo el Estado: a) promoverá la institucionalización de un Sistema de Administración de Justicia, respetando la independencia, la autonomía y el presupuesto del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Tribunal Constitucional, dentro de un proceso de modernización y descentralización del Estado al servicio del ciudadano; b) promoverá la designación transparente de las autoridades judiciales, así como su valorización y permanente capacitación; c) promoverá entre la justicia comunal y el Poder Judicial una relación que respete la interculturalidad y regulará las competencias, atribuciones y limitaciones de aquella; d) consolidará la regulación de la justicia de paz y la elección popular de los jueces de paz; **e) difundirá la conciliación, la mediación, el arbitraje y en general los mecanismos alternativos de resolución de conflictos**; f) adoptará medidas legales y administrativas para garantizar la vigencia y difusión de la Constitución, afianzará el respeto irrestricto de los derechos humanos y asegurará la sanción a los responsables de su violación; g) establecerá mecanismos de vigilancia al correcto funcionamiento de la administración de justicia, al respeto de los derechos humanos, así como para la erradicación de la corrupción judicial en coordinación con la sociedad civil; h) garantizará la cobertura nacional y el mejor funcionamiento de la Defensoría del Pueblo; e, i) fortalecerá las instancias de control interno de los órganos jurisdiccionales (el resaltado es nuestro).

(66) COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTO Y ACUSACIONES CONSTITUCIONALES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución. Texto para el debate. Lima, 5 de abril de 2002, p. 127.

empleo de otros mecanismos en los que prima la voluntad de los sujetos, y cuya decisión será vinculante entre estas partes[67].

Los medios alternativos de resolución de conflictos complementan el funcionamiento adecuado de los mecanismos jurisdiccionales, a los cuales se debe acudir en última ratio, esto es cuando se hayan agotado los medios por intentar solucionar el conflicto de una manera directa a través de medios que ayuden a descongestionar la inmensa carga procesal que agobia al Poder Judicial, actuando como filtros que solucionan los casos solubles y dejan para el Poder Judicial aquellos que requieran de manera indefectible de un pronunciamiento de este poder.

A nuestro entender, son dos las principales justificaciones sobre la que reposa el empleo de la conciliación como medio alternativo de resolución de conflictos: un primer fundamento, de tipo filosófico, radica en el establecimiento de la llamada cultura de paz y propugna que en una sociedad donde el conflicto se ha institucionalizado como manera de hacer respetar nuestros derechos, creando un clima adversarial en la resolución de disputas, se debe aspirar a llegar a alcanzar una situación ideal en la que se mantenga la paz y la tranquilidad entre los miembros de esa sociedad. Afirmamos junto con Hilmer Zegarra[68] que si el conflicto nace en los mismos coasociados, lo óptimo sería que la solución nazca igualmente de ellos, para eliminar esa secuela nefasta de todo juicio donde hay un ganador y un perdedor, en aras del interés común de la sociedad y el suyo propio, optando por resolver pacíficamente su conflicto de intereses para así evitar un futuro proceso que podría entablarse, contando para ello con la ayuda de un tercero.

(67) Particularmente, somos de la idea de unificar la terminología que existe actualmente, siendo partidarios de hablar solamente de **mecanismos complementarios de resolución de conflictos** en clara alusión a que todas las posibilidades de que disponemos para intentar solucionar un conflicto finalmente se **complementan** con la labor del órgano jurisdiccional, cuyo adecuado funcionamiento es el que garantiza el cumplimiento definitivo de los acuerdos conciliatorios y de los laudos arbitrales, resultando el Poder Judicial la base sobre la que reposa nuestro sistema de resolución de conflictos. Decimos esto ya que en los últimos años la inclusión del término **alternativo** ha caído en crisis pues nos lleva fácilmente a caer en confusiones de tipo conceptual, puesto que no solo lleva implícita la posibilidad de elegir entre dos o más alternativas de solución a una controversia, sino que también podríamos llegar a pensar de la existencia de un medio de resolución de conflictos **normal** en contraposición de los denominados medios **alternativos** y que de ordinario el común de la gente los podría asumir de manera contraria al primero, esto es, como formas menores en la jerarquía de los medios de resolución de conflictos. Esta posición, a manera de interrogante como consecuencia de la **constitucionalización** del arbitraje y de su **jurisdiccionalización**, la encontramos formulada en el interesante artículo de Jorge Santistevan de Noriega: "Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral *in toto*". En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Nº 4, Lima, 2007, pp. 11-12.

(68) ZEGARRA ESCALANTE, Hilmer. *Formas Alternativas de concluir un proceso civil*. 2ª edición actualizada, Marsol Perú editores, Lima, 1999, p. 205.

El segundo fundamento es más bien de orden operativo, afirmándose que el empleo de medios alternativos de resolución de conflictos, como la conciliación extrajudicial o el arbitraje, propiciará la descongestión del despacho judicial, haciendo que los casos que puedan ser solucionados vía conciliaciones previas o arbitrajes libremente pactados no lleguen a la esfera de acción del Poder Judicial, dejando su actuación solamente a aquellos casos en que no sea posible una solución dialogada entre las partes para dar paso a un acto de decisión del conflicto por parte del juez mediante la expedición de la sentencia.

En ambos casos, lo que se pretende no es eliminar el proceso civil, habida cuenta que la conciliación extrajudicial no podrá solucionar todos los conflictos que se le presenten, sino que estos mecanismos lo que harán será coadyuvar a que la administración de justicia se torne más rápida y eficiente a fin de poder alcanzar la finalidad abstracta del proceso que es lograr la paz social en justicia.

Vemos que lo que se busca, en principio, es la solución más eficiente del problema, es decir, que esta sea la más conveniente a las partes en conflicto. Así, la idea principal que inspiró al legislador nacional al momento de regular los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos está compuesta de dos vertientes principales: por un lado, poner al alcance del ciudadano e incentivar el empleo de estas formas de resolución de controversias distintas a la vía jurisdiccional como parte de la institucionalización de una **cultura de paz** (entendida como la adopción en primera instancia de mecanismos pacíficos y dialogados de resolución de conflictos) y, por otro lado, descongestionar al Poder Judicial –aunque no de manera dramática, pero sí significativa– de casos que podrían solucionarse mediante el empleo de estos mismos medios alternativos. Pero precisamos que el empleo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos no tengan que ver solamente con la búsqueda de la descongestión del despacho judicial[(69)], que sería una consecuencia operativa de su

(69) Sobre este asunto, resulta interesante contemplar que existe una aparente situación atípica en lo que respecta a la competencia notarial para resolver asuntos no contenciosos y que se encuentra regulada por Ley Nº 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos y que sirven también para ayudar a la descongestión del despacho judicial, al otorgar la posibilidad que estos asuntos sean vistos en sede judicial o ante los notarios públicos. Si entendemos *stricto sensu* que la función jurisdiccional es el poder-deber del Estado para solucionar un conflicto de intereses o dilucidar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, lo que implica hablar a su vez del derecho a la tutela jurisdiccional, entonces podríamos afirmar que esta regulación sería inconstitucional; pero la moderna doctrina procesal prefiere considerar al concepto de **jurisdicción** como el poder genérico que un órgano del Estado, sea este jurisdiccional, legislativo o administrativo, ejerce sobre el individuo y que es la afirmación del sistema legal del Estado, y que se encuentra destinado a resolver los conflictos de intereses que les propongan, siendo que el hecho de dilucidar una incertidumbre jurídica perfectamente puede ser delegada a otras instancias –como sucede en este caso– al ser una cuestión meramente administrativa. En este orden de ideas, el mismo concepto de

empleo recurrente, sino más bien con el grado de insatisfacción que los integrantes de una sociedad manifiestan al sentir que no tienen acceso a la adecuada respuesta a sus conflictos por la vía formal o clásica de solución de conflictos representada por el Poder Judicial.

VI. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS(70).

1. Autocomposición

Debemos tener presente que desde tiempos antiguos –y excluyendo el empleo de la fuerza, que fue el primer mecanismo de resolución de conflictos empleado por el hombre– existen las formas **autocompositivas** para dar solución a los conflictos, constituidas por aquellos procedimientos conforme a los cuales son las propias partes involucradas en la controversia las que van a intentar dar solución a sus conflictos o controversias a través del diálogo. Las formas autocompositivas son única y exclusivamente expresión de voluntad de las partes, siendo que en cualquier caso el empleo de estos mecanismos no puede garantizar una resolución definitiva de la controversia la cual sigue estando supeditada a la coincidencia o confluencia de la voluntad de las partes. En otras palabras, lo que se busca es una solución mutuamente

función jurisdiccional se encuentra en crisis ya que si realizamos un análisis más amplio podemos ver que existen órganos de tipo administrativo que ejercen funciones de resolución de conflictos de intereses, como sucede en el caso del Tribunal Fiscal o el Tribunal del Instituto de Defensa de la competencia y la Propiedad Intelectual - Indecopi. En definitiva, como bien apunta Monroy, este tema se encuentra íntimamente ligado al concepto de **jurisdicción voluntaria**, y que era usado desde la época de los romanos para describir aquellos actos en los que participaba el juez, no para resolver un conflicto entre las partes, sino para protocolizar un acuerdo entre estos, es decir, son aquellos asuntos en los que por su naturaleza o por el estado en que se hallan, no admiten contradicción de parte, emanando su parte intrínseca de los mismos interesados que acuden ante la autoridad judicial, la cual se limita a dar eficacia a ciertos actos jurídicos privados. Nuestro actual código procesal descarta el uso de este concepto, sin embargo utiliza el criterio de ausencia de contención para clasificar los procesos en contenciosos y no contenciosos, optando además por retirar la actividad que puede calificarse de puramente administrativa de la actividad judicial, dando el encargo de ejercerla a determinados funcionarios públicos, como sucede con el caso de los notarios. Ver: MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Temis. Santa Fe de Bogorá. 1996, pp. 231-244.

(70) Para efectos puramente didácticos se han considerado únicamente a la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, que se constituyen en una especie de formas "básicas" dentro de los medios alternativos de solución de conflictos, pero existen otras figuras híbridas como la cláusula med-arb, el mini juicio y evaluación temprana neutral; asimismo, hay autores que consideran formas adicionales de resolver conflictos como la pericia arbitral, experto neutral, oyente neutral, esclarecedor de cuestiones de hecho, consejero especial, *ombudsman*, programas de quejas y reclamos, juicio sumario por jurados, acuerdo determinado por el jurado, grupo asesor circunscripto, alquiler de juez, tribunales religiosos, embellecimiento de contratos y operador de proceso, que no son sino derivaciones de estas formas básicas ya anotadas. Cfr.: HIGHTON, Elena I. y ÁLVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos. Serie Resolución Alternativa de Disputas, Nº 1*. Ad-Hoc, 2ª edición, Buenos Aires, 1996, pp. 119-138. Por otro lado, para tener un panorama más amplio respecto de las formas de resolución de conflictos, Cfr.: SUMARIA BENAVENTE, Omar. "Manifestaciones de las formas de solución de conflictos como expresión de la 'cultura' y la relación con el Desarrollo de la 'autoridad'". En: *Actualidad Civil*. Nº 1, Publicación del Instituto Pacífico. Lima, julio de 2014, pp. 230-245.

satisfactoria a la controversia, y para llegar a ello se implementa un proceso de comunicación entre las partes, proceso en el cual se apela a la imaginación y a la creatividad.

a) **La negociación**

La forma más esencial que se tiene para intentar resolver un conflicto mediante el empleo de mecanismos autocompositivos es a través de la negociación, es decir, mediante el inicio de un proceso de comunicación a desarrollarse únicamente entre las partes en conflicto, sin intermediarios, intercambiando puntos de vista y buscando una solución producto del consenso.

La negociación es una etapa elevada de comunicación en la que después de un intercambio de informaciones de las partes se llega a puntos precisos y claros[71], siendo considerado una ciencia y un arte en virtud de las cuales se configura un proceso voluntario de intercambio entre dos o más partes interdependientes en razón de un conflicto, mediante el que intentan estructurar un acuerdo por el cual maximicen sus resultados en mutuo beneficio derivado de una acción conjunta, resolviendo entonces la controversia que los separa, sin necesidad de recurrir a otro método y experimentando ganancias mayores a las pérdidas, consecuencia de una actitud evasiva.

Reiteramos que una de las características más importantes que presenta la negociación es que el proceso de comunicación al que hemos hecho referencia se realiza de manera directa y sin intermediarios, siendo únicamente las propias partes involucradas las que guían el procedimiento dentro del cual buscan hallar la forma que mejor satisfaga sus necesidades, sin la participación de un tercero. Vemos que la negociación es un proceso de interacción y comunicación interpersonal que defienden unos intereses determinados percibidos como incompatibles, constituyendo una técnica y un arte destinado a desarrollar un proceso con el fin de conseguir objetivos comunes y solucionar un conflicto. Decimos que es técnica porque existe un instrumental teórico, y es arte porque cada negociador puede desarrollar sus propias habilidades para poder conseguir sus objetivos.

(71) SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Negociación y contratación internacional*. Universidad Nacional Autónoma de Asunción, Asunción, 1992, p. 1.

b) **La mediación**

Una forma más elaborada de resolución autocompositiva de conflictos es la mediación, en la que se induce la participación secundaria de un tercero neutral en esa negociación para que colabore operativamente con las partes, creando un espacio de diálogo, sirviendo como una especie de moderador que guía el desarrollo del proceso de comunicación entre las partes, persiguiendo como finalidad que se pueda llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes y que resulte de la coincidencia de sus voluntades, aunque el mediador se encuentra prohibido de formular recomendaciones o sugerencias respecto del tema de disputa.

En el uso común el término mediación aparece ligado a la acción de interceder o rogar por otro, a la de interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad. La mediación puede ser definida como la participación secundaria de un tercero llamado mediador, en un negocio ajeno, procurando que las partes en conflicto arriben a un acuerdo satisfactorio para ambas. Decimos que su participación es secundaria puesto que el tercero no cumple un rol protagónico en el procedimiento ni decide el fondo de la controversia, sino que se limita a una participación meramente procedimental; asimismo, es ajeno porque no representa el interés de ninguna de las partes en pugna al ser imparcial y neutral. El mediador básicamente cumple la función de ser un facilitador del diálogo entre las partes.

En la actualidad, la palabra mediación se usa para designar un proceso no adversarial, estructurado en etapas, confidencial y en el cual participa un tercero neutral e imparcial que ayuda a las partes a negociar cuestiones, no necesariamente jurídicas, para llegar a un resultado mutuamente aceptable. Constituye un esfuerzo sistematizado para facilitar la comunicación entre las partes y mediante la aplicación de técnicas específicas y despliegue de habilidades aprendidas, en donde el mediador no actúa como juez, pues no impone una decisión, sino que más bien es un facilitador y conductor del procedimiento que permite identificar los puntos de la controversia, descubrir los intereses y explorar las posibles vías de solución y bases de un pacto. Planea la relación en términos de cooperación, con enfoque de futuro y con un resultado en el cual todos ganan[72].

(72) HIGHTON, Elena I. y ÁLVAREZ, Gladys Stella. Ob. cit., p. 122.

Christopher Mitchell considera que, dada la concepción tan amplia sobre los roles de los terceros y la lista tan específica de tareas o funciones que debe cumplir, se debe hablar de un modelo con varios niveles que combine los conceptos de proceso, roles y funciones, a fin de analizar y conceptualizar la naturaleza de la mediación, y de responder a ciertas cuestiones sobre los factores que influyen en el éxito o fracaso de determinados esfuerzos de mediación[73].

Este modelo parte de la existencia de un proceso integral de mediación consistente en una serie de roles de intermediación en sentido amplio, incluyendo cada rol a su vez una serie de tareas o funciones a desempeñar.

Así, un proceso de mediación puede empezar con una persona o institución **convocante**, con tres o cuatro funciones específicas, como efectuar un llamamiento público para las conversaciones en el momento adecuado, el inicio de contactos entre las partes enfrentadas para ver si se puede elaborar una agenda aceptable y, por último, la preparación de un lugar neutral para las conversaciones. Otro rol podría ser el de **facilitador** (o moderador) para que las recriminaciones mutuas y frustraciones no rompan las conversaciones directas. Además, en cualquier tipo de conflicto, mucho antes de que planteen las conversaciones directas, los terceros tienen el rol fundamental de sondear por separado la voluntad de las partes enfrentadas, a fin de poder hacer un compromiso para conseguir un acuerdo, considerándose esto como parte de la función **sincronizadora** del mediador.

Otros roles serían los de **generador de ideas**, ofreciendo nuevas ideas y opciones a los adversarios para que elijan o adecuen, intentando desarrollar en ellos una nueva forma de pensar sobre una serie de opciones o resultados posibles que puedan conducir a una solución; y el de **garante**, que garantiza a los adversarios que no van a sufrir costos desmesurados por el hecho de entrar en un proceso de intermediación.

c) La conciliación

Si la mediación no dio resultados tenemos en la conciliación otra forma autocompositiva de solución de conflictos, donde el tercero llamado conciliador tiene un papel más activo que el de un mediador,

(73) MITCHELL, Christopher. *El proceso y las fases de la mediación*. Centro de Investigación por la Paz "Gernika Gogoratuz". País Vasco. 1994, p. 4 y ss.

ya que adicionalmente al hecho de guiar el procedimiento y crear un espacio de diálogo al actuar como facilitador del proceso de comunicación entre las partes en conflicto, tiene la facultad de poder proponer a las partes en conflicto fórmulas de solución no vinculantes que pueden ser aceptadas por ellas, ejerciendo cierta influencia en la toma de decisiones de las partes.

La conciliación es la acción destinada a componer, concordar o avenir a las partes en conflicto con el objeto de evitar un pleito o concluir uno ya iniciado. Según el Diccionario de la Real Academia, conciliación, que proviene del latín *conciliatio*, es el nombre que recibe la acción y efecto de conciliar, y conciliar es la acción de componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí.

Reiteramos que un aspecto que unifica los conceptos de mediación y conciliación lo tenemos en el hecho que la participación del tercero –mediador o conciliador– se caracteriza porque no impone ninguna decisión del fondo de la controversia a las partes, pues son ellas y no el tercero quienes van a resolver su controversia únicamente si existe coincidencia y confluencia de voluntades. La diferencia sustancial entre ambos mecanismos la tenemos en la facultad adicional del conciliador de poder proponer a las partes algún tipo de fórmula de solución, en vía de recomendación o sugerencia sobre la solución del tema de fondo, la misma que las partes pueden aceptar o no, siendo que para el caso del mediador, este solo ejerce funciones de conductor del procedimiento de comunicación, a manera de un moderador, encontrándose prohibido de poder formular a las partes sugerencias sobre la solución del tema de fondo.

2. Heterocomposición

En palabras de Ayn Rand, en una sociedad libre, cuando se producen conflictos por la ruptura de un contrato –que implica un uso indirecto de la fuerza–, la parte perjudicada tendría como opción el apropiarse como compensación de los bienes del otro, pero al estar prohibido el empleo contraofensivo de la fuerza por los sujetos individuales corresponderá al Estado cumplir una función importante en la resolución de las disputas entre los hombres de acuerdo al empleo de leyes objetivas, y mediante la participación de un funcionario público que a manera de tercero imparcial administre dichas leyes[(74)].

(74) RAND, Ayn. *La naturaleza del Gobierno*. Instituto de Economía de Libre Mercado. Lima, 1994, p. 14.

Por ello es que se reconoce de manera generalizada que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y es ejercida por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. El Poder Judicial se considera como el tercer poder del Estado en la división clásica de los poderes –junto al Ejecutivo y al Legislativo– ejerciendo la potestad jurisdiccional que consiste en solucionar los conflictos que ocurren entre las personas, recurriendo a la Constitución y las leyes para resolver, y a la fuerza pública para hacer cumplir sus sentencias(75). Este poder se encuentra integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son la Corte Suprema de Justicia, las cortes superiores de justicia y los demás tipos de juzgados que determine su Ley Orgánica.

En conformidad con estos preceptos constitucionales, la solución de los conflictos se da en el ámbito del Poder Judicial, que se constituye en la forma clásica o tradicional de alcanzar solución a un conflicto recurriendo al Poder Judicial en el cual los jueces y otros magistrados tienen la potestad de dar mediante una sentencia la solución al conflicto. Como excepción tenemos los ámbitos, atribuciones y competencias de la justicia militar –que constituye un fuero privativo- y de los procedimientos arbitrales, según lo contempla el inciso 1) del artículo 139 de la actual Constitución Política del Perú(76). Estos organismos integran las formas **heterocompositivas** de solución de los conflictos, en las que encontramos que terceros participan en la resolución de los conflictos mediante un acto de decisión, dan solución a los conflictos entre las partes, determinando derechos y obligaciones en conformidad con la normativa legal pertinente.

Así, en términos generales, podemos afirmar que en la forma heterocompositiva de solución de conflictos interviene un tercero en la solución del conflicto, estando la solución del conflicto ajena a la voluntad de las partes y dependiendo de las decisiones de este tercero el cual va a estar provisto de las facultades legales para solucionar el conflicto, imponer su decisión y hacer cumplir su mandato a las partes.

---

(75) RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo - DESCO. Lima, 1994, p. 151.

(76) Constitución Política del Perú.
"Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional
No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral (...)".

a) **El arbitraje**

Si las formas autocompositivas de resolución alternativa de conflictos no ofrecen mejores resultados ya que no se garantiza un resultado, tenemos en el arbitraje otra forma alternativa de resolución de conflictos de naturaleza heterocompositiva. En este caso, la decisión es adoptada por el árbitro (elegido por las partes de manera voluntaria o por mandato legal), el cual prescinde de la voluntad de las partes e impone su decisión a las mismas al estar investido de facultades legales para ejercer un acto de decisión de la controversia, decisión que debe ser cumplida de manera voluntaria o que, en caso de incumplimiento, se puede ejecutar ante el órgano jurisdiccional[77].

En el arbitraje existe un tercero imparcial que emite un veredicto vinculante y obligatorio sobre dos pretensiones controvertidas. Es un mecanismo típicamente adversarial, cuya estructura es básicamente la de un litigio, ya que el rol del árbitro es similar al del juez habida cuenta que las partes le presentan el caso, prueban los hechos y sobre esa base decide la controversia. No obstante sus similitudes, el arbitraje mantiene con el sistema judicial una diferencia sustancial, en el sentido de que la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares libremente elegidos por las partes, utilizando un procedimiento pensado para resolver el conflicto con la menor cantidad de interferencias formales, siendo que esta elección excluye la posibilidad de la resolución judicial de la controversia.

El concepto de arbitraje como institución se fundamenta en el acuerdo de voluntades de las partes, en someter sus diferencias a la decisión de los árbitros, obligándose previamente a aceptar y dar cumplimiento a tal decisión, otorgando de esa manera jurisdicción privada a determinados sujetos que son elegidos con base en criterios de imparcialidad, aunque también debemos señalar que el sometimiento al arbitraje no siempre resulta de la manifestación de la

(77) Si bien es cierto que el arbitraje tiene la característica de ser vinculante para las partes, es pertinente señalar que existe un sistema de arbitraje no vinculante en donde el laudo que el árbitro o árbitros puedan dar no es obligatorio para las partes, pero sirve para disuadir a las partes, ya que al tener el laudo, y estando bien asesoradas, podría aventurarse a usarlo en un posterior proceso judicial. Este arbitraje no vinculante ha sido experimentado en algunos tribunales norteamericanos, especialmente en el estado de Florida y en los tribunales estaduales de Washington D.C. En este proceso se siguen los lineamientos del arbitraje tradicional pero el laudo no es vinculante para las partes quienes pueden acatarlo o promover el juicio. Si una lo acepta y la otra no recurriendo al juicio, el juez al dictar sentencia verificará si su decisión se asemeja en cierto rango a lo decidido en el laudo no vinculante, y si ello es así, impone una multa a la parte que litigó sin razón suficiente.

voluntad de las partes pues existe una especie de sometimiento forzoso puede emanar de una norma legal, de un estatuto o de un testamento.

Las características más saltantes del procedimiento arbitral serían, por un lado su celeridad, si es que se le compara con la gran demora que presenta el procedimiento judicial lo que origina la mayor de las veces un fallo tardío, siendo el procedimiento arbitral más expeditivo a la vez que no está sujeto a recurso de impugnación como la sentencia. Asimismo, otra característica sería su especialización, ya que por lo general se designan árbitros para que realicen una labor de interpretación del contrato que se pretende hacer cumplir, haciéndose esta designación en razón de su especialidad en el tipo de controversia sometida a su consideración.

La neutralidad de los árbitros, que opera más bien como una presunción, sugiere que las partes elijan árbitros que tengan suficiente calidad moral y que actúen de manera independiente e imparcial. Asimismo, la confianza se presenta al nombrar como árbitros a personas de su confianza ya sea porque conocen la materia, sus cualidades personales en temas específicos, su prestigio y honorabilidad y demás cualidades éticas.

Por otro lado, la economía que presenta el arbitraje no es solamente procesal entendida en cuanto al tiempo para desarrollar el arbitraje reduciéndose el término para las audiencias, defensas y alegatos, sino que también presenciamos una reducción de los costos que se asumen en un procedimiento judicial como tiempo de servicios de abogados, cédulas de notificación, y otros.

VII. LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

Parafraseando a Eduardo Schvarstein, el empleo de la conciliación como mecanismo de resolución de conflictos no debe ser considerado como una privatización de la justicia. Por el contrario, la manera de resolver disputas en el ámbito público del Poder Judicial constituye, paradójicamente, una privatización de las mismas al estar privados del conocimiento de las reglas de juego, de las alternativas a nuestro alcance, del contacto con nuestros oponentes y con los Jueces que deben resolver sobre nuestros diferendos y, muchas veces, de la confianza en nuestros abogados que parecen litigar en beneficio propio. La conciliación extrajudicial abre la posibilidad del contacto con el otro, es decir, restablecer la relación interpersonal y las presencias corporales que

permiten percibir todo lo que la relación social indirecta que imponen los tribunales atenúa y aun oculta.

Roque Caivano enumera una serie de desventajas propias de la conciliación, como son la **voluntariedad**, por medio de la cual si es deseo de las partes, someten su controversia a un procedimiento de conciliación, y si quieren, deciden resolverla en esa instancia; otra desventaja asociada con la anterior es la **incertidumbre**, ya que la conciliación no puede garantizar que todo conflicto que sea llevado ante ella pueda ser resuelto, cosa que sí sucede en el arbitraje y en el proceso judicial, donde la solución se da de manera obligatoria. Por otro lado, existen dos problemas de técnica, el primero referido a la imposibilidad de delimitar perfectamente el conflicto en su fase inicial, ya que dentro del proceso conciliatorio existe la posibilidad de incorporarse nuevos conflictos distintos al reclamo original planteado en la solicitud; a este problema debe sumarse el inconveniente motivado por la posibilidad de que exista revelación de información, en aquellos casos en los que, no habiendo llegado a un arreglo, pueda usarse las pretensiones o posiciones reveladas al interior del procedimiento conciliatorio en un posterior proceso judicial(78).

Por otro lado, la conciliación no es inconstitucional, ya que el artículo 139 de la Constitución Política regula la resolución de controversias mediante un sistema heterocompositivo en el que los jueces que forman parte del Poder Judicial (y por excepción los árbitros y los jueces del fuero privativo militar) imponen su decisión en la resolución de controversias, y los conciliadores no resuelven controversias sino que ayudan a las partes a resolver sus controversias dentro de un sistema de autocomposición donde se pone énfasis a la autonomía de la voluntad.

Ricardo Herrera Vásquez llega a señalar que algunos autores estiman que los medios alternativos de resolución de conflictos (uno de los cuales es la conciliación) constituyen una seria limitación al principio constitucional de la función jurisdiccional, deviniendo en inconstitucionales, puesto que si el Estado debe garantizar que todo ciudadano pueda acceder inmediatamente al servicio de administración de justicia, establecer **etapas intermedias** forzosas como un intento de conciliación pre-judicial, resultaría en principio enervante del **contenido esencial** del derecho a la tutela judicial efectiva, peor todavía si la parte contractualmente fuerte puede imponerse a la débil y enervar su derecho a la tutela judicial efectiva, considerándose que aun cuando se asuma

(78) Ver: CAIVANO, Roque J. *Negociación, conciliación y arbitraje. Mecanismos alternativos para la resolución de conflictos*. APENAC, Lima, 1998, pp. 138 y 139.

que los medios alternativos de resolución de conflictos no lleguen a configurar un atentado directo contra la tutela judicial efectiva, ocasionan un retraso considerable en la emisión del futuro pronunciamiento judicial ante su eventual inoperancia para solucionar el conflicto, por lo que atentaría contra el debido proceso legal, plasmación de la tutela judicial efectiva, por lo que de todos modos habría un atentado indirecto[79].

Sin embargo, prosigue el doctor Herrera Vásquez, desde otra perspectiva los medios alternativos de resolución de conflictos no contravendrían la tutela judicial efectiva. Si se plantea la optimización de las relaciones económicas en función a los postulados de la autocomposición del conflicto, donde las partes sean capaces de resolver individual o colectivamente las patologías del sistema, se podría llegar a dicha aseveración. Desde este punto de vista, la excesiva judicialización de los conflictos no contribuye al **saneamiento** del sistema económico. Así, es clara la posible confrontación entre dos postulados constitucionales: la tutela judicial efectiva (señalada en el artículo 139 numeral 3 de la Constitución) y la promoción de los medios alternativos de resolución de conflictos y la autocomposición del conflicto (conforme lo entiende el artículo 28, numeral 2 de la Constitución). Si el derecho a la tutela judicial efectiva se materializa a través del debido proceso legal y, este se inicia a pedido de parte (principio dispositivo), es necesaria una manifestación de voluntad del justiciable en el sentido de querer acudir a la vía judicial para que aquel derecho se ejercite. Como derecho, también puede no ser ejercido nunca. Precisamente, en esta potestad radica la posibilidad de recurrir opcional u obligatoriamente (por opción legislativa) a los medios alternativos de resolución de conflictos. Así, solo estaríamos ante una aparente confrontación entre ambos postulados constitucionales, que realmente solo constituirían dos vías alternativas de solución de conflictos, activadas alternativa o sucesivamente dependiendo de cada sistema legal.

Así, la Ley Nº 26872 potencia la recurrencia a los medios alternativos de resolución de conflictos y la autocomposición del conflicto por encima de la tutela judicial efectiva, pero sin atentar contra su **contenido esencial**, que consiste en garantizar el acceso del ciudadano al servicio de administración de justicia. Establecer un paso previo consistente en la recurrencia de la conciliación no niega tal derecho, pues una vez fracasado el intento de solucionar el conflicto por tal vía queda expedito el camino para acudir a los tribunales[80].

(79) ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Programa de Formación de Aspirantes. Tercer Curso, "Función Jurisdiccional", Segundo semestre de formación especializada. Dr. Ricardo Herrera Vásquez.* Lima, 2000, pp. 64-67.

(80) Ibídem, p. 67.

Además, resulta pertinente recordar una sentencia emitida el 25 de enero de 1983 por el Tribunal Constitucional español en una acción de inconstitucionalidad interpuesta precisamente contra una ley que estableció también en España un sistema de conciliación prejudicial obligatorio. La demanda fue declarada infundada en base a tres argumentos centrales: i) los derechos fundamentales no son absolutos, por lo que pueden ser limitados; ii) por razones de interés público es necesario promover mecanismos alternativos de resolución de conflictos a la vía judicial para descongestionar los tribunales nacionales; y, iii) el establecimiento de un sistema de conciliación prejudicial obligatorio no enerva el contenido esencial de la tutela judicial efectiva, pues no se extingue el derecho del justiciable de acudir a los tribunales, aun cuando previamente deba intentar la conciliación.

De igual forma, la Corte Constitucional colombiana resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley 640 de 2001 por la cual se modificaron normas relativas a la conciliación, estableciendo que la conciliación prejudicial obligatoria como limitación del derecho a acceder a la justicia es constitucionalmente razonable, con lo cual se puede colegir que la legislación sobre conciliación constituye un límite razonable al derecho a la tutela judicial efectiva(81).

Lamentablemente, la posibilidad de empleo de la conciliación es desconocida por la mayoría de la población por falta de una adecuada divulgación de sus beneficios. Como resultado, la solución judicial de los conflictos se sigue viendo abrumada debido a la consideración por parte de los ciudadanos de que el proceso judicial es la única vía a la que podrán recurrir para satisfacer sus pretensiones, generando retraso y errores en la administración de justicia, olvidando que existen otras formas de solución.

VIII. CONCLUSIÓN

En definitiva, no existe incompatibilidad entre el empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos y el derecho de acceso a la justicia, habida cuenta de que en ambos casos lo que se persigue es la búsqueda de una solución eficiente a la controversia que ponga paz entre las partes en conflicto. Finalmente, no deben verse estos mecanismos como una traba o un requisito previo innecesario al acceso a la tutela jurisdiccional, sino como mecanismos que coadyuvan al logro de una solución, justamente evitando las molestias que significan transitar por un proceso judicial largo y formal,

(81) ABANTO TORRES, Jaime David. *La conciliación extrajudicial y la conciliación judicial: un puente de oro entre los MARC'S y la justicia ordinaria*. Grijley, Lima, 2010, p. 137.

dando una solución con el mismo valor que una sentencia, y que se traduce no solamente en el logro de la paz entre las partes, sino en definitiva cumpliendo con el mandato de lograr en el restablecimiento de la paz y la armonía social.



EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL



CAPÍTULO IV

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

"La única libertad que merece ese nombre es la de buscar nuestro bien por nuestro propio camino en tanto no privemos a los demás del suyo".

John Stuart Mill

I. INTRODUCCIÓN

La libertad es una característica fundamental del ser humano en cuanto se configura como derecho esencial y natural de todo hombre y más aun si este es sujeto de derecho. Así, y de ordinario, observamos relaciones jurídicas de la más diversa naturaleza y de las más diversas causas fuentes, relaciones que al ser expresiones de voluntad de los sujetos se constituyen como ejercicios plenos de esa libertad antes mencionada, y que son entendidas la mayoría como relaciones jurídicas dentro de las cuales destaca principalmente el contrato, que como relación jurídica eminentemente patrimonial, que se configura como acuerdo esencial de voluntades que crea, regula, modifica y extingue relaciones jurídicas, permitiendo el libre intercambio de bienes y servicios entre los individuos de toda sociedad civil.

Algunas de esas relaciones jurídicas han sido creadas previstas directamente por el ordenamiento jurídico, el cual está compuesto por una serie de reglas básicas expedidas por el Estado y que deben ser de estricto cumplimiento para los individuos dentro de una sociedad y que constituyen principios valorativos contenidos en normas jurídicas; o sea directamente la ley interviene regulando las relaciones de los particulares, siendo que las partes no pueden alcanzar su propósito mas que de la forma prescrita por la ley, no pudiendo invocarse ignorancia al respecto. Pero no todas las relaciones jurídicas observables tienen como causa fuente la ley, la que no pretende ni alcanzaría a ser la causa fuente de todas las relaciones jurídicas que se puedan dar en la realidad, así como tampoco pretende regularlas todas.

Contrario a lo arriba mencionado, existe un espacio en el cual la causa fuente de las relaciones jurídicas no es la ley, no es el ordenamiento jurídico, ya que en ese espacio se encuentran únicamente los mismos sujetos que se vinculan en esa relación. Es decir, hay un espacio dentro del cual las personas, ejerciendo de manera libre su voluntad, pueden crear, regular sus propias relaciones jurídicas, esto es, un espacio de autorregulación de relaciones jurídicas. Ese es el espacio de la **autonomía de la voluntad** o también denominada **autonomía privada**.

A decir de Max Arias-Schreiber, el principio de la autonomía de la voluntad constituye el postulado básico de lo que se conoce actualmente como Teoría Clásica del contrato, que parte del criterio de que la ley debe abstenerse de intervenir en las relaciones de los particulares, ya que cada individuo tiene la facultad de crear, por voluntad propia, una determinada situación jurídica que el derecho positivo debe respetar(82).

Pero debemos tener presente que las relaciones son jurídicas porque son exigibles, y son exigibles porque el ordenamiento jurídico tutela la exigibilidad, de modo tal que ese espacio de autorregulación no es un espacio que esté fuera del ordenamiento jurídico, sino que es un espacio tutelado por él; solo que allí no es directamente la ley la que crea, ni la que regula las relaciones jurídicas; son los sujetos los que crean y regulan su relación jurídica, por eso se habla de un espacio de autorregulación y en vista de ello pueden orientar sus relaciones jurídicas porque estos sujetos gozan de la autonomía privada.

Vemos que el principio de la autonomía de la voluntad constituye la esencia del denominado Derecho Civil patrimonial y se le define como el libre arbitrio que posee todos los individuos que gozan de capacidad para regular sus derechos y contraer obligaciones, a las que las partes se deben someter en base a lo manifestado en el acto de declaración de voluntad, aunque vale la pena mencionar que si bien este principio se aplica fundamentalmente en el régimen de contratos, no es el único campo donde se utiliza, como ya veremos más adelante.

(82) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo I. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2ª edición actualizada, 1995, pp. 26 y 27. Continúa el citado autor enumerando los principios básicos de la Teoría Clásica del contrato: el libre albedrío de las partes para celebrar contratos de cualquier contenido y atribuirles los efectos que deseen; y la fuerza obligatoria del contrato se impone tanto a las partes intervinientes en él como al juez, consagrando la regla *pacta sunt servanda* al dar fuerza de ley entre las partes a las convenciones legalmente formadas.

II. CONCEPTO

Buscando algunas definiciones de lo que es la autonomía de la voluntad, encontramos que, para algunos autores es una doctrina de filosofía jurídica, según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes[(83)].

Siguiendo a León Duguit se puede manifestar que la autonomía de la voluntad es un elemento de la libertad general[(84)]; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito. En otros términos, en el sistema civilista, la autonomía de la voluntad es el poder de querer jurídicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido[(85)].

Colin y Capitant, por su parte, afirman que la autonomía de la voluntad consiste en que los particulares pueden ejecutar todos los actos jurídicos que quieran y hacerles producir las consecuencias jurídicas que les convengan, con ciertas limitaciones[(86)].

Díez-Picazo y Gullón, refiriéndose a la autonomía privada, señalan que esta "es el poder de dictarse a uno mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse a uno mismo(...) puede igualmente conceptuarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que se es o ha de ser parte. La autonomía privada es la libertad individual"[(87)].

Hasta aquí podemos afirmar que la autonomía de la voluntad es un poder de autorregulación que tienen los sujetos privados que les permite

(83) LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los contratos*. 1ª edición, Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1986, p. 165.

(84) Un ejemplo de definición de lo que se entiende por "libertad" es el que ofrece Lord Acton cuando señala: "por libertad significo la seguridad de que todo hombre habrá de tener protección en cuanto a hacer lo que crea su deber, contra la influencia de autoridad, o de mayorías, costumbre y opinión"; aunque debemos entender esta definición dentro del concepto de lo que podríamos denominar "libertad de religión"; aunque intentar una definición que abarque una noción más completa de lo que significa "libertad" no es tarea fácil, ya que cómo sostuvo Abraham Lincoln en un discurso pronunciado en Baltimore en 1864 al intentar explicar el hecho de que la guerra civil se originó en un equívoco relativo a la palabra "libertad" dijo : "El mundo nunca ha tenido una buena definición de la palabra libertad (...) al utilizar la misma palabra, no nos referimos a la misma cosa". Ver LEONI, Bruno. *La libertad y la ley*. Centro de Estudios Sobre la Libertad, Buenos Aires, 1961, p. 48 y ss.

(85) DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Traducción de Carlos G. Posada. 2ª edición, Madrid, p. 69.

(86) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Curso elemental de Derecho Civil*. Traducción española de la Revista general de Legislación y Jurisprudencia. Tomo I, Reus, Madrid, 1924, p. 152.

(87) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I y II, Tecnos, p. 389. A continuación precisan que la autonomía privada es libertad individual, y el hecho de reconocer libertad significa permitir, hacer, dar al individuo una esfera de actuación, pero reconocer autonomía es decir algo más: que el individuo no solo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica.

crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. La autonomía de la voluntad es causa fuente de relaciones jurídicas. Este espacio de auto regulación existe en toda sociedad, y varía según el poder que cada sociedad le reconoce a los sujetos para autorregular sus relaciones jurídicas. En otras palabras, la autonomía de la voluntad es el poder que crea relaciones jurídicas y se expresa a través del acto jurídico; el acto jurídico es el instrumento usado por la autonomía de la voluntad para crear relaciones jurídicas y hacer uso de la esfera de autorregulación, y que se materializa principalmente en los contratos.

La autonomía de la voluntad es poder que se expresa principalmente a través del contrato. El contrato es el instrumento jurídico de la autonomía privada, porque él le permite a ella crear relaciones jurídicas, autoregular la vida privada de los sujetos. Aunque actualmente nadie discute el carácter de principio de derecho privado que tiene la autonomía de la voluntad, algunos autores advierten que no debe confundirse a la autonomía de la voluntad con la libertad general, concepto que lo comprende, pero que pertenece al plano filosófico. Además, tampoco podemos reducir la doctrina de la autonomía de la voluntad al mero ámbito contractual, es decir, reducirlo a la facultad que tiene la voluntad para convertirse en ley para los contratantes, o con el subprincipio de libertad contractual, ya que ambos derivan del primero. Sin embargo, añaden que efectivamente la parte del Derecho en donde más se aplica el principio de la autonomía de la voluntad es en los contratos, pero no es el único[88]. Es más, con fundamentos basados en el liberalismo económico, se sostiene que si son las partes las que ponen en riesgo sus recursos e inversiones, son ellas las que libremente pueden pactar sin más límite que el orden público, el respeto a los valores y la moral pública[89].

Podemos sostener que la autonomía de la voluntad es el alma del contrato, entendida como el poder que se expresa a través de este. Ahora bien, si no entendemos de manera clara el concepto de acto jurídico o de contrato no podremos adentrarnos en el tema de la autonomía de la voluntad. Así, lo que distingue a un acto jurídico de un acto administrativo, procesal o legislativo, es que en estos tres actos está ausente el poder de los sujetos para autoregularse y por lo tanto hay ausencia de autonomía privada. Por el contrario, encontramos acto jurídico donde los efectos son el resultado de la declaración

(88) Ver: BOGGIANO, Antonio. *Contratos internacionales*. Depalma. Buenos Aires, 1990, p. 43; LLANOS MEDINA, Artemio. *El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones. Memoria*. Santiago, 1944, p. 58 y ss.

(89) SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Contratos de comercio internacional*. 3ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998, p. 131.

de voluntad; por lo que si quisiéramos definir al acto jurídico tendríamos que expresar que es un hecho humano, voluntario, lícito, con manifestación de voluntad y efectos queridos por el agente; este último elemento pone de manifiesto la idea de autonomía privada, ya que el agente puede producir los efectos queridos mediante ese poder.

En este orden de ideas podemos sostener que es mediante un acto jurídico –entendido como manifestación de voluntad– que los individuos ejercen la soberanía que tienen para regular sus derechos mediante acuerdos de voluntades que tienen fuerza de ley entre las partes. Debe entenderse que la expresión de la autonomía de la voluntad es la garantía misma de la libertad del individuo, por ello el acto jurídico es instrumento de la autonomía de la voluntad justamente en el sentido de que es puesto por la ley a disposición de los particulares, a fin de que puedan servirse de él, no para invadir la esfera ajena, sino para ordenar en cada propia, es decir, para imponer un ajuste a sus intereses en las relaciones recíprocas.

III. ORIGEN Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

1. Origen histórico

Hayek[90] nos dice que no debemos olvidar que antes de los últimos diez mil años durante los cuales se ha desarrollado la agricultura, las ciudades y por último la Gran Sociedad, el hombre vivió más tiempo en pequeñas bandas de cazadores, que compartían el alimento, con sujeción a su estricto orden jerárquico, dentro del territorio común y exclusivo de la horda, siendo que fueron las necesidades de este tipo de orden social las que determinaron muchos de los sentimientos morales que aun nos gobiernan y que aprobamos en los demás; así en este grupo primitivo encontrábamos un fin único y una participación definida en los medios basada en una idea común del mérito individual –como ocurría con la asignación de diferentes porciones de la presa a los distintos miembros, según su importancia para la supervivencia del grupo–, imponiéndose límites al desarrollo de aquella forma de sociedad, ya que el grupo solo podía adaptarse a los acontecimientos y aprovechar las oportunidades de las que sus miembros tenían conciencia directa, en otras palabras, el individuo apenas podía hacer nada que los demás no aprobasen. Por esto sostenía que era ilusorio creer que en semejante tipo de sociedad

(90) HAYEK, Friedrich A. *El atavismo de la justicia social*. Instituto de Economía de Libre Mercado. Lima, 1994, p. 10 y ss.

el hombre era libre, ya que la "libertad natural" era un invento de la civilización. Al individuo no se le reconocía una esfera de acción independiente y el mismo jefe solo podía esperar obediencia, apoyo y comprensión en lo habitual. Cuando todos tienen que servir a ese orden jerárquico de necesidades está excluida la libre experimentación personal.

Históricamente, los inicios de la doctrina de la autonomía de la voluntad se encuentran difusos, por lo que algunos autores prefieren emplear el término **voluntarismo** como fundamento de la contratación a partir del siglo XVI, ya que el contrato antiguamente era entendido como acuerdo de voluntades que genera obligaciones, aunque antes de esto la situación haya sido totalmente distinta.

Efectivamente, desde el punto de vista cronológico, el primer sistema de contratación de los pueblos fue el rigurosamente formalista, caracterizado por la exigencia de determinadas solemnidades exteriores que eran esenciales para la existencia y validez de los contratos y cuya inobservancia acarreaba la nulidad del acto mismo. Era el sistema propio de los pueblos primitivos y encierra en una primera fase un sabor típicamente religioso que caracteriza a las legislaciones orientales y en un segundo momento un matiz civil del cual son exponentes las legislaciones romanas y germánicas, en las que la fuerza del contrato proviene mucho más del cumplimiento del rito o de la formalidad solemne que de las voluntades de las partes.

De manera similar, en el Derecho griego se confunden aspectos éticos y de ordenamiento social como base de la contratación, primando la idea de reciprocidad en las prestaciones, siendo indiferente si deriva o no del acuerdo de voluntades. La contratación se efectuaba por escrito. No se atendía a la voluntad subjetiva de los contrayentes, ya que solo su manifestación mediante ciertas formas escritas originaba obligaciones civiles, y si cierto papel jugó el voluntarismo, fue en relación a aspectos secundarios de la convención.

En el Derecho Romano clásico, por su parte, encontramos a la voluntariedad como un concepto mucho más lejano que en el Derecho griego como fundamento de la contratación. Fue regla general en el Derecho romano el principio *ex nudo pacto actio non nasciturus* (del simple pacto no nace la acción), o también conocido como *nudum pactum obligationem non parit* (el pacto desnudo no genera obligaciones). Acogiendo el principio del formalismo, define al acto formal manifestando que la inobservancia de la forma jurídicamente presunta para la manifestación de voluntad, encuentra su sanción en la nulidad del acto mismo. En otras palabras, las partes no pueden alcanzar su propósito mas que por la forma prescrita por la ley y que nadie puede invocar

ignorancia respecto de la forma, ya que no era el mutuo consentimiento la razón por la cual nacía el contrato, sino por la observancia de ciertas formalidades rigurosamente establecidas y que las partes debían realizar.

Así, el Derecho Romano conoció en un primer momento una forma de ligazón contractual por la observación de rigurosas formalidades, que generalmente se plasmaban en la expresión de palabras sacramentales o ciertas acciones típicas como en los contratos reales que requerían de la entrega de la cosa para su perfeccionamiento.

Posteriormente, existió una situación en que surgían obligaciones correlativas procedentes de un contrato, que derivaban del nexo sinalagmático o reciprocidad de las prestaciones, surgiendo un efecto obligatorio del contrato que encontraba su fundamento en la bilateralidad objetiva de las obligaciones. El término latín *contractus*, que hacía referencia al contrato, expresa "lo contraído", o sea, la relación jurídica bilateral ya formada. En esta forma se atendía al vínculo ya formado en que surgen obligaciones recíprocas fundadas precisamente en la reciprocidad de las prestaciones, es decir, de una mutua causalidad; así, podía incluso constituirse una relación contractual por un acto unilateral. Lo que importaba era la bilateralidad de la relación ya formada, lo que en palabras de Messineo, significaba que el contrato no indicaba un acuerdo de voluntades, sino el vínculo obligatorio entre sí, considerado como hecho objetivo.

Respecto al Derecho Romano postclásico, algunos autores consideran que ahí se encontraría el inicio del contrato fundado en el consentimiento, es decir, en el acuerdo de voluntades al decaer el procedimiento formulado en la época del Derecho Justinianeo. Los contratos habían dejado de ser rigurosamente típicos, naciendo los contratos innominados. Para el propio Gayo, jurisconsulto romano del siglo II, autor de *Instituciones*, que sirvieron de base a las del emperador Justiniano, el elemento fundamental del contrato es el consentimiento. Pero otros autores sostienen que esta valorización de la voluntad no habría sido mas que una necesidad impuesta por el creciente tráfico jurídico entre ciudadanos romanos y extranjeros motivado por la expansión del Imperio romano que hacía prácticamente imposible mantener un sistema estrictamente formalista que se volvía rígido ante las exigencias de una sociedad cada vez más dinámica, aunque por sí solo no sustentaba el contrato, porque aun en los contratos innominados el cumplimiento de una prestación implicaba el nacimiento y cumplimiento de la correlativa obligación.

El Derecho en la Edad Media parece haber mantenido el sistema contractual de la obligación cumplida, o sea que el cumplimiento de la prestación

por una de las partes era causa suficiente para el nacimiento de la obligación correlativa, sin atender a la voluntad subjetiva de los contratantes. Tan solo en el siglo XVI se establece en el ordenamiento de Alcalá en España el consensualismo contractual, aunque esto no debe de confundirse con el principio de la autonomía de la voluntad, que es condición de este por haber permitido la liberación de la voluntad de las formas materiales, paso previo y necesario para el establecimiento del principio de la autonomía de la voluntad. Posteriormente, y debido en gran parte a la difusión del juramento y a la índole religiosa de las naciones –todo esto desarrollado por el Derecho Canónico y la competencia de los tribunales eclesiásticos– dicho acto hizo penetrar en las costumbres el predominio del espíritu sobre la letra, lo mismo fue el respeto de la ley jurada, siendo la resistencia ofrecida por los romanistas, muy apegados a la tradición romana de la formalidad, lo que retardó por bastante tiempo el triunfo del principio *solus consensus obligat* que luchaba por imponerse desde el siglo XVI, hasta que en el siglo siguiente triunfa la regla canónica *nudo pacto actio nascitur* (del simple pacto nace la acción); desapareciendo así el formalismo y el contrato se establece desde allí como instrumento abstracto. El jurisconsulto Loycel afirmaba: "se ata a los bueyes por los cuernos y a los hombres por las palabras y tanto vale una simple promesa o convención como las estipulaciones del derecho romano".

A partir del triunfo del consensualismo más elementos tomados del Derecho Canónico y la evidencia de la multiplicidad de vínculos contractuales, se desarrolla por los filósofos y juristas del siglo XIX la idea voluntarista del contrato, que encuentra su máxima expresión dentro de la Escuela del Individualismo Jurídico y en la concepción metafísica del derecho subjetivo, que sirvieron de bases filosófico-jurídicas del Código Civil francés de 1804. Así, el principio del consensualismo evolucionó y quedó definitivamente consagrado en Francia a través de su inclusión en el Código de Napoleón de 1804, pues sus redactores lo adoptaron como regla general[(91)].

Hoy en día, se acepta el principio de la función de la voluntad en el contrato como elemento decisivo para la existencia del mismo; ello como consecuencia de la evolución de la concepción de la corriente individualista de la sociedad, que parte de las ideas que aportó el liberalismo económico como

(91) No obstante, este cuerpo legal contiene solo tres disposiciones que consagran de manera positiva el principio de la autonomía de la voluntad, a saber, el artículo 6 que dispone que no pueden derogarse, por la convención de particulares, las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres; el artículo 1134, primer párrafo, según el cual las convenciones legalmente formadas tienen el valor de ley para aquellos que las han pactado; finalmente, el artículo 1156 que dispone que debe investigarse en los convenios cual ha sido la intención común de las partes contratantes, más bien, que fijarse en el sentido literal de los términos.

movimiento filosófico y político. De este modo, el principio de la autonomía de la voluntad alcanza su plena consagración con el desarrollo del liberalismo económico. La expresión de la voluntad y el respeto por la palabra empeñada es recogida por el principio *pacta sunt servanda* o cumplimiento de la palabra empeñada, que significa que lo establecido contractualmente debe ser respetado y además cumplido fielmente.

2. Origen filosófico

La descripción es consensual al reconocer a la autonomía privada como un poder. Es más, algunos juristas omiten todo análisis asumiendo *a priori* que el principio de la autonomía de la voluntad es un axioma jurídico, que como tal hay que aceptarlo, pues su discusión perjudicaría la existencia del Derecho. Y otro segmento de estudiosos parte de la aceptación universal, según la cual el asunto ha creado adeptos desde los trabajos de Saliceto y Dumoulin, y en consecuencia hay una convicción generalizada de su existencia. Se invoca la tradición como la razón más poderosa para aceptar el principio y enfrentar cualquier crítica, teniendo como sustento la continuidad histórica, preguntándose si es posible alterar un principio tan antiguo y universalmente establecido(92).

El debate empieza cuando se explora los fundamentos de esta autonomía privada, y se especula sobre el origen de ese poder. En este sentido, existen dos posiciones básicas que intentan explicarlo:

La primera posición, que se inicia con el derecho moderno y es denominada **voluntarista**, sostiene que el poder es originario, innato, que radica en el hombre, es una expresión de su ser, afirmándose que se tiene autonomía privada porque se es hombre.

La segunda, que surge con posterioridad es llamada **normativista** y sostiene que ese poder es conferido al hombre, no le nace, le viene de afuera y es el ordenamiento jurídico el que otorga a cada sujeto ese poder, más o menos extenso, según la naturaleza de cada ordenamiento jurídico, según el espacio de acción privada que el ordenamiento jurídico quiera reconocer.

De esta manera, se puede entender como autonomía de la voluntad, considerando al sujeto de la relación, por ser tal, el generador de las normas jurídicas *ab initio,* por sí es fuente originaria del Derecho; pero también puede

(92) WIGNY. *La régle de conflit applicable aux contrats. Une solution transactionelle*. Citado por SIERRALTA, Aníbal. Ob. cit., p 133.

entenderse que la voluntad del sujeto es una fuente derivada que puede crear reglas solo y en cuanto una ley primera lo faculta de manera previa o lo habilita para tal creación[93].

2.1. Posición voluntarista

Esta posición se encuentra influenciada por el iusnaturalismo, e inspirado por santo Tomás de Aquino señala que la naturaleza humana implica la racionalidad y voluntad autónoma del hombre, en virtud de esta última el ser humano tiene la facultad de elegir, sin sujeción forzada, los bienes particulares aptos para realizar su fin último sobrenatural. Esta libertad debe respetar y reconocer el derecho positivo, porque este no es sino una ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad, que a su vez es parte de la ley natural, o participación del hombre en la ley eterna que emana de Dios y que tiene por objeto la conducta entera del hombre. Claro que esta idea evolucionó, para convertirse en un movimiento intelectual denominado Escolástica Tardía y que postulaba la preeminencia de la voluntad sobre la razón, conocido también como voluntarismo, y que luego en el siglo XVII se convirtió en la Escuela del Derecho Natural, y que sostenía que **el hombre es por naturaleza libre, independiente, aislado, titular de derechos individuales inalienables e imprescriptibles, de derechos llamados naturales, indisolublemente unidos a su cualidad de hombre**.

Será recién en el siglo XIX que se logrará la integración del voluntarismo a la ciencia jurídica, llegando de esta manera a encontrarse la esencia del contrato en la voluntad concordante de las partes, llegándose a afirmar que el alma del contrato es el consentimiento y reina la libertad contractual.

Según esta posición, si dos personas concluyen un contrato, esa condición dada por el contrato señala como debida la consecuencia de cumplirlo, porque las partes, en cuanto seres racionales con una voluntad libre, han creado la norma particular concreta, no pudiendo una de ellas desconocer el convenio en forma unilateral, porque entonces no habría seguridad alguna en las relaciones jurídicas.

2.2. Posición normativista

Esta posición se basa en la Teoría Pura del Derecho que fue elaborada por Hans Kelsen. Sostiene que la autonomía de la voluntad, en cuanto poder del

(93) SIERRALTA, Aníbal. Ob. cit., p. 131.

hombre para crear situaciones de derecho, encuentra su fundamento no en la propia naturaleza humana, sino en una norma jurídica anterior, ya que toda norma jurídica se dicta siguiendo los preceptos de otra norma jurídica previa que a su vez ha sido dictada según lo dispuesto por otra norma anterior y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundamental de la cual deriva la validez de todas las demás.

Según esta posición, la estructura lógica de las leyes que integran al Derecho se reduce a una proposición en la cual se establece que a la realización de un determinado hecho debe seguir la realización otro hecho igualmente determinado. Aquí, la condición jurídica es la conducta humana indeseable; la consecuencia jurídica, es la sanción coactiva, esto es, la pena o la ejecución forzada.

Según la Teoría Pura del Derecho, es erróneo pensar en la idea de que las partes poseen las condiciones de entendimiento y voluntad exigibles, que son sabias y buenas, y ambas en el mismo grado. En este supuesto va incluida especialmente la idea de que los intereses de los hombres no perturban su juicio objetivo y que son aptos para conocer la verdad plena. Por esta razón, la labor de aplicación del derecho natural en su estado general y abstracto a las acciones concretas del hombre, tendrá que hacerla un órgano, positivamente formal, que pretenderá resolver el litigio y no los propios contratantes porque no son igualmente inteligentes, buenos y sabios y porque sus intereses suelen perturbar su juicio objetivo, manteniéndolos indefinidamente en busca de la justicia como una de las virtudes cardinales que permiten la consecución del fin último, en otras palabras, el derecho natural, para realizarse, necesita volverse obra humana, a través de un órgano, positivarse y, con esto, el proceso de realización del derecho natural suprime su idea.

De acuerdo a esto, el derecho natural no existe, porque los hombres no tendrían intuición de lo justo y lo acertado, lo que denotaría la falta de una norma, a diferencia del postulado de la Teoría Pura del Derecho que entrega al juez y al legislador el hecho que impongan coactivamente a los obligados la consecuencia que se establece como debida al acto, que procede de una norma jurídica anterior validada por la norma jurídica fundamental.

Dependiendo de la posición que se adopte resultará el régimen legal que se le dé a la autonomía de la voluntad. Así, si consideramos que ella es innata, cualquier pretensión de limitarla va a aparecer como una pretensión desnaturalizadora de la autonomía privada. Fueron los juristas que elaboraron el Código Civil francés de 1804, conocido también como **Código de Napoleón**, quienes pensaban de esta manera. Por otro lado, si concebimos este poder

como uno conferido por el ordenamiento jurídico, no vamos a tener reparos en admitir que aquel que concede el poder lo puede conferir más o menos extensamente o lo puede limitar, ya que estas limitaciones no afectarán la naturaleza de aquel que recibe el poder porque este poder es externo a él. Los juristas que elaboraron el Código alemán pensaban de similar manera, por ello las limitaciones a la autonomía de la voluntad no les eran extrañas. Con todo lo dicho, resulta pertinente mencionar que no se puede desconocer el hecho de que el hombre sea por naturaleza libre, un ser con voluntad autónoma, y por lo tanto sería la posición más acertada como fundamento filosófico de la doctrina de la autonomía de la voluntad, que considerarla procedente de una norma jurídica fundada en último grado en otra norma ajena al derecho.

IV. CONTENIDO

En el régimen de los contratos, la autonomía privada se expresa a través de dos libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual.

1. La libertad de contratar

Esta libertad se presenta en el momento previo a la celebración del contrato, porque gracias a ella los contratantes son libres de decidir si celebran o no un contrato y además con quien lo celebran; es el derecho que tienen las partes, en la medida de que así lo deseen, de vincularse. Los sujetos son libres de contratar y a su vez nadie está obligado a celebrar contratos; incluso se puede llegar a admitir que la potestad consistente en no contratar es una exteriorización de esta libertad.

Quienes hacen de esta libertad una religión sostienen que nadie puede ser obligado a contratar, nadie puede ser obligado a vender, nadie puede ser obligado a dar en arrendamiento, o a decir de Max Arias-Schreiber, se contrata porque se quiere y se contrata con tal o cual persona porque así se desea[94]. Con esas afirmaciones se está haciendo referencia a esa libertad de contratar que es expresión del poder de la autonomía privada.

Al afirmarse que la voluntad del individuo basada en su libertad es el fundamento mismo del Derecho, se postula además que el individuo es libre por esencia y solo puede obligarse por propia voluntad, que es lo que lo lleva precisamente a contratar.

(94) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Ob. cit., p. 27

2. La libertad contractual

Esta libertad les permite a las partes contratantes definir términos y condiciones del contrato que celebran, así como definir el contenido del contrato. Este contenido viene a ser la plasmación del ejercicio de la libertad contractual, es el resultado de la declaración de voluntad de las partes, las cuales son absolutamente libres para crear, regular, limitar o extinguir obligaciones mediante el empleo de los términos y condiciones que consideren más favorables a sus intereses.

Este principio hace referencia al ejercicio que tienen las partes para dotar de contenido al contrato, al amparo de las reglas de la autonomía a las que se someten libremente. Las partes al hacer uso de la libertad de contratar tienen implícitamente una libertad contractual, sometida a tipos previstos por el legislador y regulada por las normas jurídicas imperativas que se deben tomar en cuenta al momento de llevarse a cabo el acto jurídico.

Así, vemos que no solo se considera al consensualismo como fundamento de la relación contractual, sino que esta declaración de voluntad debe ser verificada por las partes para interpretar si atenta contra normas imperativas como veremos más adelante.

V. LÍMITES

El derecho tiene como finalidad establecer reglas de organización dentro de la sociedad que permitan mejorar las relaciones entre las personas, dentro del marco general del orden jurídico impuesto por el Estado. Allí donde existe organización social, existe un Estado que ejerce su poder de coacción para permitir la aplicación de las normas jurídicas en los distintos campos y ramas del Derecho que se intercalan en su actuación en una sociedad. Sin embargo, en toda sociedad civil existe un orden público dentro del cual se enmarcan las libertades de los individuos que actúan en ella. Así, nos encontramos ante un orden jurídico compuesto por reglas básicas que deben ser de estricto cumplimiento por los individuos dentro de una sociedad y que constituyen principios valorativos contenidos en normas jurídicas. Aquí es de resaltar que en la creación de relaciones que se generan entre los particulares no solo se debe tener en cuenta el interés individual de las parte, sino también el interés general de la sociedad.

Ahora bien, intentar definir adecuadamente lo que entendemos por orden público será siempre motivo de álgidas e interesantes discusiones respecto a su conceptualización, ámbito de aplicación así como su utilización al ser una noción enigmática, cambiante en cada ordenamiento jurídico y aun dentro de

un mismo Estado, en relación con la disciplina jurídica que se ocupa de él y con la época en que se aprecia. Normalmente se le puede considerar como la situación jurídica en un Estado determinado, la cual hace que sus habitantes deban respetar principios y normas superiores de carácter político, económico, moral y algunas veces de carácter religioso, sobre los que este asienta su individualidad y que no pueden ser dejados sin efecto por simples convenciones particulares, siendo rígidamente obligatorias o imperativas. Dichas normas se sustentan casi siempre en la protección del interés general respecto del interés particular, no pudiendo, además, ser derogadas por las partes a diferencia de las normas dispositivas que sí son susceptibles de ser dejadas de lado median estipulaciones diferentes a ellas en aplicación de la autonomía de la voluntad.

El fundamento del orden público radica en que las leyes traducen concepciones morales y exigencias técnicas cuya vigencia se estima indispensable para la realización del bien común en una sociedad estatal, considerándose en este contexto a toda solución contrapuesta que provenga de la voluntad de las partes como radicalmente antijurídica.

El Código Civil peruano de 1984 se rige por la idea que considera que la autonomía de la voluntad es un poder conferido por el ordenamiento jurídico y, por ende, es un poder limitable por parte de un acto de decisión del Estado. En este sentido, los artículos 1354, 1355 y 1356 prueban que la autonomía de la voluntad es un poder limitado[95].

En este orden de ideas, si la autonomía privada se expresa en la libertad de contratar y en la libertad contractual, y si la autonomía de la voluntad es un poder limitado, entonces podríamos suponer que ambas libertades estarían limitadas en nuestro ordenamiento jurídico; pero, contrariamente a esto, en nuestro Código Civil solamente encontramos limitada a la libertad contractual, mas no a la libertad de contratar. La limitación es al contenido de los contratos, los cuales pueden ser establecidos de manera libre por las partes, siempre que no rebasen determinados límites, como las normas de carácter imperativo[96], ya que todo contrato que vaya en contra de ellas es nulo y

(95) Código Civil:
Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.
Artículo 1355.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.
Artículo 1356.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

(96) Constitución Política del Perú:
"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)
14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público (...)".

por lo tanto no producirá ningún efecto. De manera similar podemos hablar también de los contratos que colisionen con las buenas costumbres o el orden público.

De esta manera se supera el principio de la autonomía de la voluntad, en el sentido de que se deja de considerar que lo estipulado por las partes no tiene limitaciones, ya que si bien las partes pueden contratar dentro de los límites de la ley que lo permite, no pueden generar por sí un contrato que sea asimismo una ley, entre los sujetos, con prescindencia de cualquier condición, aún cuando estas por sí voluntariamente se impongan restricciones, obligaciones o se den derechos, pues aun quedan determinados elementos como las normas de tipo imperativo, el orden público y las buenas costumbres, sobre las cuales no se pueden pactar al operar como límites a ese poder que denominamos autonomía de la voluntad, siendo la ley la que permite a las partes configurar un contrato y a la vez fija los límites a esa conducta, quedando cualquier aclaración o interpretación dentro de los marcos proporcionados por dicha norma. A decir de Manuel Miranda Canales, se consagra el principio del **intervencionismo** o **dirigismo contractual**, por cuanto la concepción clásica de la autonomía de la voluntad, ha sido superada, ya que la igualdad legal, no es equivalente a la igualdad real, debido a las grandes desigualdades económicas[97].

A través de este dirigismo contractual el Estado interviene en la etapa de formación del contrato mediante regulaciones que se basan en gran medida en conceptos difusos y genéricos, tales como el interés social y el bien común. Y, según la teoría de la revisión de los contratos, esta intervención se puede dar en el curso de la ejecución contractual inclusive en sede judicial.

El dirigismo contractual se presenta en forma de intervencionismo legislativo cuando el Estado actúa mediante leyes y decretos, acentuándose en los periodos de crisis más agudas, como por ejemplo ocurrió en las guerras mundiales. El contrato celebrado por adhesión y las cláusulas generales de contratación incorporados al ordenamiento jurídico peruano de 1984 constituyen una expresión de la manera en que el Derecho Civil ha debido admitir nuevas formas jurídicas acordes con la transformación operada en las sociedades modernas. No podemos dejar de señalar que con la crisis económica generalizada en la década pasada, el intervencionismo estatal se convirtió en algo cotidiano, usual, sino basta recordar la legislación que sobre alquileres se estableció en el quinquenio 1985-1990. El intervencionismo contractual puede tener

(97) MIRANDA CANALES, Manuel. *Teoría General de los Contratos*. Cultural Cuzco, Lima, 1986,p. 285.

la forma de intervencionismo judicial cuando se faculta al juez para modificar las obligaciones de las partes en los casos concretos sometidos a su decisión[98].

El derecho positivo peruano establece de manera clara la libertad contractual, permitiendo el libre y voluntario acuerdo de las partes, pero regulando el uso legítimo de ella; así, el principio de la autonomía de la voluntad es trasvasado por una concepción más justa, acorde con los nuevos tiempos[99]. La fundamentación radica en que el contenido del contrato no puede circunscribirse a ser el marco dentro del cual la libertad de los contratantes predomina absolutamente, sino que tal libertad debe permitir la justicia entre los propios contratantes, así como para todos los terceros que, en una u otra forma, pueden verse afectados[100].

Existe pues un límite legal a la autonomía privada en materia contractual que está constituido por las normas imperativas que tienen un rango preferente al cual los particulares se deben subordinar de manera obligatoria en contraposición a las normas dispositivas que sí pueden ser adoptadas de manera libre y voluntaria.

Estas normas, que son consideraciones de orden público, constituyen el límite de la libertad contractual entre los particulares, por lo que la coexistencia de las normas imperativas con el principio de la autonomía de la voluntad se dará por razones de interés general para la sociedad y en consecuencia el contrato dejará de ser un acto que solo interesa a las partes que lo celebran para dar paso a la intervención del Estado, para ordenar las condiciones humanizadoras dentro de un marco general de solidaridad, debiendo ser entendidas no como limitaciones o exclusiones del ejercicio pleno de la libertad contractual, sino mas bien como un complemento de ella que permitirá su correcto ejercicio en armonía con el derecho de los demás como sucede en el caso del artículo II del Título Preliminar de nuestro Código Civil que prohíbe la omisión o el ejercicio abusivo de un derecho.

VI. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

Como habíamos adelantado, vemos que la autonomía de la voluntad –en tanto faceta de la libertad general de la que goza todo individuo– se presenta

(98) ARIAS-SCHREIBER P., Max. Ob. cit., pp. 29 y 30.
(99) SIERRALTA, Aníbal. Ob. cit., p. 144.
(100) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*. Tomo 1, Cultural Cuzco, Lima, 1983, p. 64.

generalmente en el ámbito de los contratos, pero no es el único espacio en donde opera. Así, podemos hablar de elementos del principio de la autonomía de la voluntad que son aplicables a diversas facetas que forman parte de la relación de los individuos dentro de la sociedad, y que perfectamente pueden utilizarse dentro de los medios alternativos de resolución de conflictos y específicamente en el campo de la conciliación extrajudicial.

En primer lugar, recordemos que cuando el procedimiento de conciliación extrajudicial concluye con acuerdo conciliatorio (sea este total o parcial), este acuerdo puede ser considerado como un acto jurídico en la medida que el documento que lo contiene –denominado Acta de conciliación– contiene a su vez la manifestación de voluntad de las partes, entendido como el acuerdo de voluntades destinado a resolver una controversia(101); por ello no existiría inconveniente alguno en asemejar un acta de conciliación con acuerdo con un contrato privado, en tanto que para su construcción se requiere necesariamente de la coincidencia o confluencia de la voluntad de las partes, la que deberá quedar plasmada en un documento. Esto es coincidente con lo que señala el artículo 3 de la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación, en el que se aprecia que la Conciliación es una institución consensual, en tal sentido los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes(102).

Ahora bien, de una lectura del artículo 4 del Reglamento de la Ley de Conciliación (aprobado por Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS) podemos afirmar que esta manifestación de voluntad de las partes no se ejerce de manera irrestricta, pues la autonomía de la voluntad a que hace referencia el ya citado artículo 3 de la Ley no se ejerce irrestrictamente, ya que las partes pueden disponer de sus derechos siempre y cuando no afecten con ello normas de carácter imperativo ni contraríen las buenas costumbres, que se constituyen en límites establecidos al ejercicio de los derechos de las partes(103).

(101) Ley Nº 26872, Ley de Conciliación:
Artículo 16.- Acta.
"El Acta es el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes en la Conciliación Extrajudicial (...)
El Acta deberá contener lo siguiente:
h. El Acuerdo conciliatorio, sea total o parcial, consignándose de manera clara y precisa los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles acordadas por las partes (...)".

(102) Ley Nº 26872, Ley de Conciliación:
Artículo 3.- Autonomía de la voluntad.
La Conciliación es una institución consensual, en tal sentido los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes.

(103) Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS, Reglamento de la Ley de Conciliación:
Artículo 4.- Restricciones a la Autonomía de la Voluntad.
La autonomía de la voluntad a que hacen referencia los artículos 3 y 5 de la Ley, no se ejerce irrestrictamente. Las partes pueden disponer de sus derechos siempre y cuando no sean contrarias a las Leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

En este sentido estamos en condiciones de afirmar que este principio de la autonomía de la voluntad se aprecia en la conciliación extrajudicial, de manera concreta, en tres situaciones:

- La primera situación se refleja en cuanto a la libertad de las partes para optar por el medio de resolución de conflictos más adecuado según sus necesidades.
- La segunda, en cuanto a la libertad de concurrir al procedimiento conciliatorio.
- La tercera, respecto de la exigencia de que todo acuerdo que tenga como fin la culminación del conflicto debe ser expresión fiel de la propia voluntad de las partes.

Además, otros aspectos relevantes que surgen derivados de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en la conciliación extrajudicial tienen que ver con los límites que se impone a la voluntad de las partes en cuanto a la forma en estas resuelven sus conflictos, puesto que el acuerdo no debe ser contrario a las normas de tipo imperativo (las que interesan al orden público) ni a las buenas costumbres. Otro tema está referido al cumplimiento de las formalidades del documento que contiene la manifestación de voluntad de las partes, denominado acta de conciliación.

1. Libertad para optar por el medio de resolución de conflictos más adecuado

En principio, podríamos llegar a suponer, amparados en el principio de la autonomía de la voluntad, que las partes involucradas en un conflicto de manera libre y haciendo uso de su libertad de elección estarían en libertad de optar por el medio de resolución de conflictos más adecuado según sus necesidades y expectativas de resolución. Es decir, si lo consideran pertinente, podrían optar por una diversidad de alternativas de solución que van desde la negociación directa, o recurrir a procedimientos de negociación asistida con la participación secundaria de un tercero, como sucede en los casos de mediación y conciliación, o dejar que este tercero participe de manera que imponga una solución definitiva a la controversia, como sucede en los casos de recurrir al arbitraje o el proceso judicial.

La tendencia actual radica en que la solución de los conflictos deja de ser centralizada por el Poder Judicial, el cual adolece entre otras cosas de una sobrecarga procesal que le dificulta cumplir con eficiencia su propósito, razón por la cual el Estado propicia y ofrece a través del sistema jurídico otras

opciones, además de la judicial, por medio de las cuales las partes en conflicto puedan solucionar sus controversias mediante una variedad de medios de resolución de conflictos que pueden ser escogidos libremente por ellas de tal manera que ambas se sientan satisfechas tanto con el medio elegido así como con el probable resultado.

Pero en este extremo resulta un poco contradictorio el hecho de hablar de libertad para elegir cuando la ley nos obliga a transitar por una conciliación antes de acceder a la administración de justicia como forma de solucionar conflictos[(104)], ya que si optamos por acudir directamente al Poder Judicial para resolver nuestra controversia siempre se nos exigirá acreditar el haber cumplido con el requisito previo de la conciliación para aquellas materias en los que se constituya en requisito de procedibilidad que se encuentran reguladas en el artículo 7 de la Ley de Conciliación[(105)] (a saber: pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles, materias derivadas del Derecho Familiar y del Derecho Laboral). Si tomamos en cuenta lo señalado por la tercera disposición final del Decreto Legislativo N° 1070[(106)], estaríamos en condiciones de afirmar que por disposición legal expresa la exigencia de la conciliación laboral como requisito de procedibilidad de la demanda en materia laboral se encuentra suspendida en su obligatoriedad de exigencia[(107)]. Distinto es en lo que respecta a la materia familiar, en donde por modificación introducida por la Ley N° 29876 se declaró como materia conciliable facultativa y, en consecuencia, ya no se exige el cumplimiento de

(104) Ley N° 26872, Ley de Conciliación:
Artículo 6.- Falta de intento conciliatorio.
Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la Audiencia respectiva ante un Centro de conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará **improcedente** por causa de manifiesta falta de interés para obrar (el resaltado es nuestro).

(105) Ley N° 26872, Ley de Conciliación:
"Artículo 7.- Materias Conciliables
Son materia de Conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.
En materia de familia, son conciliables aquellas pretensiones que versen sobre pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, así como otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición. El conciliador en su actuación deberá aplicar el Principio del interés superior del niño.
La conciliación en materia laboral se llevará a cabo respetando el carácter irrenunciable de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución Política del Perú y la Ley (...)".

(106) Decreto Legislativo N° 1070.
Tercera Disposición Final:
La Conciliación establecida en el tercer y cuarto párrafo del artículo 7 de la Ley N° 26872 modificada por el presente Decreto Legislativo, **no resulta exigible a efectos de calificar la demanda en materia laboral** (el resaltado es nuestro).

(107) Cfr. PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "¡Ni a favor ni en contra, todo lo contrario! (Problemas de interpretación en la correcta aplicación del Decreto Legislativo N° 1070 y su incidencia en el ámbito judicial y extrajudicial)". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 108, Lima, febrero de 2010, pp. 301-315.

requisito de procedibilidad de la demanda en los distritos conciliatorios en donde ya se encuentra implementada la obligatoriedad de exigencia de la conciliación extrajudicial.

Complementando lo anterior, deberíamos precisar que actualmente podemos hablar de un "ámbito territorial" de obligatoriedad de la conciliación extrajudicial que inicialmente resultaba exigible en los distritos conciliatorios (o provincias) de Trujillo, Arequipa, Lima y Callao[108], siendo que en el resto del país se ha optado por su entrada en vigencia de manera progresiva.

Así, desde el año 2010 ya se ha ido implementado de manera progresiva la exigencia del cumplimiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, como son las provincias de Lima, Callao, Trujillo, Arequipa, Cusco, Huancayo, Cañete, Huaura, del Santa, Piura, Ica, Chiclayo, Cajamarca, Puno, Huamanga, Huánuco, Tacna, Maynas, Huaraz, San Martín, Tumbes, Coronel Portillo, Mariscal Nieto, Abancay, Pasco, Huancavelica, Tambopata, Chachapoyas, San Román, Sullana, Barranca, Moyobamba, Chincha, Pisco, Rioja, Satipo, Ilo, Andahuaylas, Huanta, Camaná y Leoncio Prado. En estos lugares el cumplimiento de la conciliación se exige como requisito de procedibilidad antes de la interposición de una demanda que verse sobre derechos disponibles, quedando pendiente de implementación para los años 2017 y 2018 en las provincias de Cajabamba (a partir del 14 de junio de 2017), Jaén (a partir del 16 de agosto de 2017), Acobamba (a partir de 20 de setiembre de 2017), Nazca (a partir del 18 de octubre de 2017), Lambayeque (a partir del 15 de noviembre de 2017), Huaral (a partir del 21 de marzo de 2018), Ferreñafe (a partir de 18 de abril de 2018), Huaylas (a partir del 16 de mayo de 2018), Caylloma (a partir de 20 de junio de 2018), La Mar (a partir del 15 de agosto de 2018), Chanchamayo (a partir del 19 de setiembre de 2018), La Convención (a partir del 17 de octubre de 2018) y Talara (a partir del 14 de noviembre de 2018).

Esta obligatoriedad, de conformidad a lo señalado por el artículo 6 de la Ley de Conciliación, debe entenderse como la exigencia que se impone al futuro demandante de solicitar el inicio de un procedimiento conciliatorio y concurrir a la audiencia respectiva ante un centro de conciliación, puesto que si no se acredita ello entonces recae sobre él una sanción consistente en la

(108) En concordancia con lo establecido por el Decreto Supremo Nº 006-2010-JUS, cuando se habla de la provincia de Lima y la provincia constitucional del Callao, se debe entender que para todos los efectos constituyen un solo Distrito Conciliatorio; además por disposición expresa este Distrito Conciliatorio está conformado también por la jurisdicción de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte con excepción de la provincia de Canta.

declaración de improcedencia de la demanda por causa de manifiesta falta de interés para obrar.

Tenemos, pues, que en los distritos conciliatorios antes señalados el acta de conciliación se constituye en un requisito de procedibilidad para la interposición de la demanda en las materias conciliables obligatorias que versen sobre derechos disponibles de las partes y en temas de familia, señalados taxativamente en el artículo 7 de la Ley de Conciliación, y en el caso de que no se cumpla con ese requisito la sanción será la declaración de improcedencia de la demanda, no dejándose posibilidad de subsanación.

Situación muy distinta es la que sucede en el resto de los distritos conciliatorios del país en los que, en la práctica, el futuro demandante puede optar por interponer de manera directa su demanda o, si lo desea, puede solicitar el inicio de un procedimiento conciliatorio de manera previa a la presentación de su demanda. Esto debido a que se está a la espera de la entrada en vigencia de la obligatoriedad a la que hace referencia la primera disposición final del Decreto Supremo N°1070 (entendida como la exigencia de la conciliación como requisito de procedibilidad para la interposición de la demanda) mediante la expedición del respectivo decreto supremo conteniendo el calendario oficial de implementación de la obligatoriedad.

Siempre hemos sido de la opinión de la implementación de un sistema de obligatoriedad de la conciliación como requisito previo a la interposición de una demanda que verse sobre derechos disponibles de las partes. El fundamento de dicha imposición legal se basa en que frente al derecho que tienen las personas a la tutela jurisdiccional efectiva debe prevalecer el interés de la sociedad representado en la posibilidad de lograr la paz social mediante el empleo reiterado de la conciliación extrajudicial; así, esta aparente limitación –o vulneración– al derecho individual a demandar resulta preferible puesto que el uso obligatorio (amparado en un mandato legal) genera costumbre, la costumbre se transforma en cultura, y la conciliación propicia el establecimiento de una cultura de paz, entendida como el empleo reiterado de mecanismos pacíficos que permitan resolver eficientemente el problema, de manera mutuamente satisfactoria y con perspectivas de mejorar la relación a futuro, lo que redunda en beneficio de la sociedad. Respecto del tema de la obligatoriedad de la conciliación en temas de familia, un sector importante de personas considera que debería ser facultativo, puesto que se visualiza de manera parcial a la conciliación como un requisito previo (que podría vulnerar el derecho a la subsistencia de los menores en casos de alimentos, por ejemplo), pero esta visión limitada no contempla que la conciliación es una posibilidad de evitar el inicio de un largo proceso judicial, al margen que el manejo eficiente

del conciliador permitirá brindar a las partes un ámbito menos traumático de reorganización de las relaciones familiares, situación que no se logra judicializando el conflicto familiar.

2. Libertad de concurrir al procedimiento conciliatorio

De igual manera, aunque una de las partes haya optado por iniciar un procedimiento conciliatorio mediante la presentación de la respectiva solicitud –ya sea porque lo consideran una alternativa de solución o simplemente un requisito previo a la interposición de su posterior demanda– resulta obligatorio para el solicitante (futuro demandante) concurrir a la realización de la audiencia de conciliación.

En este punto es común encontrarnos frente a una confusión respecto a la posibilidad de iniciar el procedimiento conciliatorio sin que se exija la concurrencia de las partes. Antes de las modificatorias incorporadas por el Decreto Legislativo N° 1070, la única exigencia se daba en la esfera de acción del solicitante, se daba en el hecho de obligarlo a iniciar el procedimiento conciliatorio a través de la presentación de la respectiva solicitud, mas no se extendía esta exigencia a la concurrencia a la audiencia de conciliación ni para el solicitante ni para el invitado.

En materia procesal, el primer Código Procesal que reguló la conciliación previa con un sistema de concurrencia obligatoria fue el Código de Procedimientos Civiles de Bolivia, que por mandato del mariscal Andrés de Santa Cruz, en ese entonces Presidente de Bolivia y convertido luego en Protector de Bolivia y los Estados Sud-Peruano y Nor-Peruano –lo que se vino a conocer como Confederación Peruano-Boliviana–, pasó a regir desde el primero de noviembre de 1836 para el Estado Nor-Peruano, estando vigente desde antes en el Estado Sud-Peruano, y que fue conocido también como Código de Santa Cruz, cuyo artículo 119 señalaba: "No se admitirá demanda civil, sin que se acompañe un Certificado del jueces de paz, que acredite haberse intentado el juicio conciliatorio, bajo pena de nulidad, excepto en los casos en que este no sea necesario".

En este cuerpo legal, la conciliación fue concebida como un acto previo a la interposición de la demanda ante un juez de letras. Se iniciaba el procedimiento ante el jueces de paz del domicilio del demandado, pudiéndose realizar la petición de manera verbal cualquier día incluyendo los días feriados. El jueces de paz invitaba a comparecer de manera obligatoria ya sea en persona o mediante apoderado instruido. El juez tenía que proponer algún acomodamiento prudente de transacción y de equidad, bajo pena de nulidad, y si

las partes manifestaban su conformidad con este acomodamiento terminaba la demanda. Si la parte citada no asistía se le citaba para una segunda oportunidad bajo apercibimiento de multa, y si persistía la inasistencia entonces se daba por concluido el procedimiento, otorgando al demandante la certificación de haberse intentado el acto conciliatorio y como no hubo resultado por culpa del demandado se le aplicaba a este una multa, y si la inasistencia era del demandante, entonces a este se le aplicaba la multa; pero si la inasistencia era de ambas, se tenía por no intentada la conciliación y no se imponía multa y podría citarse de nuevo si se volvía a solicitar la conciliación.

Actualmente, en virtud tanto del artículo 6 de la Ley de Conciliación como la parte final del artículo 15 de la misma Ley, se ha implementado un régimen de obligatoriedad de concurrencia de las partes a la Audiencia de conciliación(109), puesto que de su tenor se desprenden varias sanciones a la parte que no concurre a la audiencia de conciliación, a saber:

a) Si la parte demandante no solicita ni concurre a la audiencia de conciliación extrajudicial, el juez al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar.

b) La formulación de reconvención en el proceso judicial solo se admitirá si la parte que la propone no produjo la conclusión del procedimiento conciliatorio(110).

c) La inasistencia de la parte invitada a la audiencia de conciliación produce en el proceso judicial que se instaure, presunción legal relativa de verdad sobre los hechos expuestos en el acta de conciliación y reproducidos en la demanda.

d) La misma presunción legal relativa de verdad se aplicará a favor del invitado que asista y exponga los hechos que determinen sus

(109) Cfr. PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "El fin de la conciliación (el nuevo marco normativo de la conciliación extrajudicial dado por el Decreto Legislativo Nº 1070 y el nuevo reglamento de la Ley de conciliación)". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 180, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2008, pp. 88-103.

(110) Somos de la opinión de que la prohibición de reconvenir en un proceso judicial al invitado que no concurre a la audiencia de conciliación tiene como fundamento precisamente obligarlo a concurrir al procedimiento conciliatorio. En este sentido debería bastar la sola concurrencia de la parte invitada a la audiencia para habilitarlo a formular una reconvención, sin tener que exigirle que además exponga los fundamentos de su reconvención, toda vez que estos fundamentos recién podrán ser esgrimidos cuando se presente la demanda, sobre la base de las pretensiones determinadas y determinables que se plasmen en el acta. Además, tal y como está concebido el régimen, si la sola concurrencia del invitado no lo habilita para plantear su reconvención, sugeriríamos que vaya acompañado de un abogado a la audiencia de conciliación para evaluar la posibilidad de argumentar su posible reconvención y que esta se encuentre plasmada de manera mínima en el Acta.

pretensiones para una probable reconvención, en el supuesto de que el solicitante no asista.

e) El juez debe imponer en el proceso una multa no menor de dos ni mayor de diez **unidades de referencia procesal** a la parte que no haya asistido a la Audiencia.

Debemos precisar que esta obligatoriedad de concurrencia se viene aplicando únicamente a los distritos conciliatorios señalados líneas arriba. En sentido contrario, no existirá ningún tipo de sanción a las partes que no concurran a un procedimiento conciliatorio convocado en aquellos distritos conciliatorios en los cuales no se encuentra implementada la obligatoriedad de la exigencia de la conciliación como requisito de procedibilidad.

3. Solución del conflicto por propia voluntad de las partes

Por otro lado, y asumiendo que la totalidad de las partes (solicitante e invitada) hayan decidido participar de la realización de la audiencia de conciliación que se efectúa al interior de un procedimiento conciliatorio, el eventual acuerdo al que puedan arribar se constituye únicamente por expresión de la voluntad de las partes, y que se materializa en el acuerdo conciliatorio al que estas arriben y plasmen en un acta, según lo señala el artículo 3 de la Ley N° 26872. Así, las partes, de manera voluntaria, deciden la solución de un conflicto, aunque al hacerlo no necesariamente aplican de manera estricta la Ley (entendido como un criterio de solución estrictamente legal), pero la respetan evitando transgredirla al observar el cumplimiento de las normas imperativas, es decir, aquellas que interesan al orden público.

Lo que se pretende afirmar es que solamente podremos hablar de acuerdo o solución del conflicto cuando las partes hayan consentido su solución de manera mutua y verdaderamente lo hayan afirmado mediante la elaboración del acuerdo conciliatorio que forma parte del acta respectiva. Por otro lado, la construcción de la solución se hará en los términos deseados por ambas partes, siendo que ellas en ejercicio de su autonomía privada construyen la forma en que se ha de solucionar la controversia. Pero también resulta pertinente mencionar que no existe obligación de llegar a un resultado, ya que las partes son libres se ponerle punto final en el momento que lo deseen, si es que perciben que no encuentran la solución adecuada a sus controversias.

En este orden de ideas, la conciliación entendida como acto jurídico, resulta de la manifestación de voluntad de las partes y que se ve plasmada en el acuerdo conciliatorio que forma parte del Acta de conciliación. Es mediante este acuerdo que se pone fin a la controversia mediante un resultado favorable

para las partes a través de la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Pero también debemos recordar que en los casos en que no se llegue a un acuerdo, no existirá manifestación de voluntad plasmada en un acuerdo, sino más bien esta se dará en el sentido que las partes no desearon poner fin a su controversia mediante conciliación, optando por derivar su controversia a otra instancia de resolución.

Vale hacer la aclaración que esta premisa de solución de conflictos por voluntad de las partes no es aplicable ni para el arbitraje ni para el proceso judicial ya que en ambos la solución de la controversia no dependerá de las partes en conflicto, sino que será impuesta por un tercero –árbitro o juez– que estará provisto de facultades para poner fin a la controversia de manera definitiva.

4. Límites al poder de solucionar los conflictos

Ahora bien, la autonomía de la voluntad, principio sobre el que reposan los actos jurídicos denominados acuerdos conciliatorios, no se ejerce irrestrictamente, ya que, como se vio anteriormente, tiene como límites a las normas de carácter imperativo, así como las buenas costumbres, ambos conceptos metajurídicos. Estos límites no pueden ser rebasados habida cuenta de que operaría automáticamente la nulidad del acuerdo conciliatorio, claro que a diferencia de las buenas costumbres, las cuales son muy difíciles de considerar de manera precisa dependiendo del entorno social en el que pretendan invocarse, lo que manifiesta un carácter jurídico y sociológico que lo convierte en una norma de carácter especial, las normas de orden imperativo si pueden ser establecidas de manera objetiva y específica por parte del operador jurídico por lo que será más fácil observar su cumplimiento; pero ambas no podrán vulnerarse bajo pena de sanción drástica, como puede ser la nulidad del acto jurídico mismo contenido en el acta constituyéndose en límites forzosos por donde se encausa la voluntad misma de los sujetos participantes en el procedimiento conciliatorio.

Recordemos que en cuanto a la función de verificación de la legalidad de los acuerdos conciliatorios, el artículo 29 de la Ley de Conciliación señala la obligación de dicha función al abogado del centro de conciliación, quien es el encargado de que el acuerdo no vulnere normas imperativas[111].

(111) Ley Nº 26872, Ley de Conciliación:
Artículo 29.- Legalidad de los Acuerdos.
El centro de conciliación contará por lo menos con un abogado quien supervisará la legalidad de los acuerdos conciliatorios.

5. Cumplimiento de las formalidades del Acta

El Acta de conciliación en la que conste el acuerdo o la falta de aquel, es el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes al culminar el procedimiento de conciliación extrajudicial, y su validez está condicionada a la observancia de las formalidades establecidas en la Ley de Conciliación, bajo sanción de nulidad. Recordemos que la manifestación de voluntad de las partes debe estar acompañada forzosamente de todos los elementos que se configuran en requisitos para verificar la existencia de un acto jurídico válido desde un punto de vista jurídico, y plasmado en un documento que posee una forma *ad solemnitatem*, esto significa que en última instancia no se atiende a lo querido por las partes, sino que esto es superado largamente por el aspecto formal, cuya inobservancia determinará la nulidad del acto jurídico mismo, considerándose que dicho acto nunca existió ni ha desplegado sus efectos en la realidad(112).

Esto nos lleva a afirmar que el acta de conciliación se constituye en un documento estrictamente formal, ya que la ausencia de alguno de los que podríamos denominar **requisitos esenciales** señalados en los incisos c), d), e), g), h) e i) del artículo 16 de la Ley acarrea necesariamente la nulidad misma del acta; asimismo, cuando el Acta presente enmendaduras, borrones, raspaduras o superposiciones entre líneas. En estos casos, el artículo 16-A de la ley ha previsto un procedimiento especial de rectificación del Acta a seguir ya sea de oficio o a pedido de parte en caso que el acta de conciliación carezca de alguno de los requisitos formales. Este procedimiento señala la convocatoria a las partes para informarles el defecto de forma que contiene el acta y expedir una nueva que sustituya a la anterior con las formalidades de ley. En este sentido resulta cuestionable la sanción de nulidad cuando se omite alguno de los requisitos esenciales de validez del acta de conciliación, puesto que al contemplarse la posibilidad de rectificación del acta aparentemente nos encontraríamos frente a un caso de anulabilidad.

VII. CONCLUSIONES

Las partes involucradas en un procedimiento conciliatorio van a generar actos jurídicos que se plasman en el acta de conciliación. Estos actos jurídicos

(112) La forma *ad solemnitatem* es aquella en la cual el contrato dependerá de la observancia de una formalidad para que este produzca sus efectos. En estos casos, la ley impone una formalidad y su inobservancia es prescrita con la sanción de la nulidad del contrato y no producirá ningún efecto (art. 140, inc. 4 y art. 219 inc. 6 del Código Civil). La forma *ad probationem* consiste en plasmar la declaración de voluntad en un documento, es decir, la ley no exige una forma especial consustancial al contrato y su validez, sino se le materializa en la forma escrita que brinda la exactitud de probar la existencia del acuerdo de las partes (art. 144 del Código Civil).

se encuentran comprendidos dentro de los alcances del principio de la autonomía de la voluntad en diversas formas.

A estas alturas nadie niega que el único aspecto en el que se podría hablar de cierta vulneración en la libertad de las partes se da en el hecho de obligar al solicitante –futuro demandante– a transitar por un procedimiento conciliatorio antes de acceder al Poder Judicial, siendo necesario verificar el hecho de la solicitud y la concurrencia al procedimiento conciliatorio bajo sanción de declarar improcedente la demanda a interponerse (lo mismo puede considerarse con la imposibilidad de reconvenir al invitado que no concurre al procedimiento conciliatorio), así como la interposición de multa; pero recordemos que si lo que se trata es de implementar en el país una cultura de paz, entendiéndola como un comportamiento socialmente aceptado y arraigado por su práctica constante al interior de la sociedad, que propugna el desplazamiento de formas adversariales de resolución de controversias para reemplazarlas por otras formas pacíficas y de diálogo, el hecho de haber otorgado al procedimiento conciliatorio inicialmente una característica de "facultatividad" lo condenó a una falta de empleo por los potenciales usuarios del sistema conciliatorio que lo veían de manera externa como un requisito adicional y un encarecimiento al acceso de la administración de justicia y no de manera interna como una posibilidad de llegar a un acuerdo eliminando los gastos propios de un proceso judicial. Este aspecto ha sido superado al establecer un régimen de obligatoriedad de concurrencia.

Pero independientemente de aquel aspecto, tampoco podemos negar el poder de la libertad que poseen las propias partes y que se plasma en la posibilidad de que ellas mismas sean las que decidan finalmente en qué términos plantearán esa solución, claro que respetando los límites de esa libertad. Claro está que lo ideal y óptimo sería que la elección del medio de resolución de conflictos más adecuado debería depender, en cada caso concreto, de las aspiraciones de las partes, de la posibilidad de diálogo entre ellas, de las ventajas y desventajas que ofrecen los distintos medios, pero la característica primordial del modelo vigente será, al final, que estas partes siempre ejercitarán su libertad al momento de decidir.

CAPÍTULO V

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL Y EL ACTO JURÍDICO



CAPÍTULO V

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL Y EL ACTO JURÍDICO

"Lo que al Abogado importa no es saber el Derecho, sino conocer la vida. El derecho positivo está en los libros. Se buscan, se estudian, y en paz. Pero lo que la vida reclama no está escrito en ninguna parte. Quien tenga previsión, serenidad, amplitud de miras y de sentimientos para advertirlo, será Abogado; quien no tenga más inspiración ni más guía que las leyes, será un desventurado ganapán. Por eso digo que la justicia no es fruto de un estudio, sino una sensación".

Ángel Ossorio

(El Alma de la Toga)

I. ¿ACTO JURÍDICO O INSTITUCIÓN JURÍDICA?

Parte fundamental del análisis en curso consiste en definir a la conciliación, la que para la Ley Nº 26872 de Conciliación constituye tanto un acto jurídico como una institución jurídica, por lo que es pertinente señalar de manera detallada cuál es el significado que encierran ambos conceptos antes de poder dar nuestro concepto.

1. El acto jurídico

El acto jurídico, según la definición contenida en el artículo 140 de nuestro Código Civil vigente, **es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, requiriendo para su validez de agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.**

Como bien señala Fernando Vidal, el acto jurídico es una especie dentro del género denominado **hecho jurídico** o **jurígeno**, el que, según la noción generalizada de la doctrina, viene a ser el hecho que por sí, o junto a otros, produce efectos jurídicos y se constituye, mediata o inmediatamente,

en fuente de toda relación jurídica o en causa de su extinción[113]. Así, no todo hecho –entendido como suceso o acontecimiento generado con o sin la intervención del ser humano– será hecho jurídico en la medida que debe producir consecuencias jurídicas y sea así calificado por el Derecho, ya que el atributo de jurídico es una calificación *a posteriori* del hecho en cuanto de este deriven consecuencias para el Derecho.

Señalaba el maestro León Barandiarán[114] que el acto jurídico es una especie dentro del hecho jurídico –entendido como hecho jurídico voluntario–, pues aquel descarta la involuntariedad y la ilicitud. Sobre este particular es bueno recordar que en la doctrina del negocio jurídico al hecho jurídico voluntario se le denomina acto jurídico y se le conceptúa como una conducta humana generadora de efectos jurídicos que pueden ser lícitos o ilícitos, lo que lo diferencia del negocio jurídico que produce los efectos porque el sujeto los ha querido y perseguido voluntariamente, y a criterio del maestro el acto jurídico no alcanzaba al acto ilícito, que era utilizado para significar la responsabilidad extracontractual, por lo que el acto jurídico comprendía solo al acto lícito y cuyo fin era crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos.

2. Elementos esenciales

Otro elemento importante en la noción de acto jurídico es el referido a los elementos esenciales que deben acompañar a la manifestación de voluntad, los cuales pueden ser de dos clases, pudiendo ser de validez o constitutivos.

2.1. Requisitos de validez

Los requisitos de carácter general o también conocidos como requisitos de validez, vienen a ser la manifestación de voluntad, la capacidad, el objeto, la finalidad y la forma.

La manifestación de voluntad está referida a la exteriorización de lo que el sujeto quiere, convirtiéndose en una exteriorización consciente de la voluntad del sujeto que va a permitir constituir el acto jurídico, el cual debe generar un efecto jurídico que debe ser el querido y perseguido con la manifestación y que será una consecuencia necesaria de esa manifestación y cuya eficacia estará condicionada a no contravenir el ordenamiento legal. En cuanto al proceso de formación de la voluntad interna, se distinguen

(113) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. 4ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, p. 31 y ss.
(114) Citado por VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. cit., p. 38.

claramente tres fases, como son el discernimiento (aptitud para percibir o distinguir las diferencias en relación a aquello que guarda conformidad con nuestra conveniencia o sentido moral y que se constituye en característica inherente a la racionalidad del ser humano y presupuesto de su capacidad de ejercicio), la intención (determinación orientada a la consecución de una finalidad prevista por el sujeto) y la libertad (espontaneidad que debe existir para tomar la decisión de celebrar el acto jurídico).

La capacidad supone que el sujeto que manifiesta su voluntad –siendo que este sujeto de derecho puede ser tanto la persona natural como la jurídica– debe poseer la característica de ser agente capaz. Pero debe señalarse que a nivel doctrinario es conocida la diferenciación de las capacidades en la denominada capacidad de goce o jurídica, que es la aptitud para ser titular de derechos, deberes y obligaciones, y la capacidad de ejercicio o de obrar, que es la posibilidad por si mismo, de adquirir derechos o de contraer deberes u obligaciones o celebrar por si mismo los actos jurídicos. Deberíamos entender –a criterio de Vidal– que ambas capacidades se encuentran subsumidas en la exigencia del inciso 1 del artículo 140 del Código Civil de que el sujeto sea agente capaz, en la medida al no hacerse distingo sobre el tipo de capacidad que se requiere esta es tanto de goce como de ejercicio, aunque habría que añadir que la primera (goce) es insustituible, mientras que la segunda (ejercicio) puede efectuarse mediante representación, por lo que podría interpretars, en sentido estricto, que el requisito de validez estaría referido a la capacidad de goce[115].

El objeto debe ser física y jurídicamente posible, esto es, debe existir factibilidad de realización con adecuación a las leyes de la naturaleza y debe existir conformidad de la relación jurídica con el ordenamiento jurídico. Adicionalmente, el objeto deberá ser susceptible de ser determinado o determinable, o sea, que exista posibilidad de identificación de los derechos y deberes inherentes a la relación jurídica que vincula a los sujetos, ya sea al momento de la celebración del acto o cuando exista la posibilidad de identificarlos de manera posterior.

La finalidad lícita consiste en la orientación que se da a la manifestación de voluntad para que esta se dirija directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos. El Código Civil exige que la finalidad sea lícita, esto es, que el motivo no sea contrario a las normas de orden público ni a las buenas costumbres a fin de que, exteriorizados con la manifestación de

(115) Ibídem, p. 117.

voluntad, los efectos queridos y producidos puedan tener el amparo del ordenamiento jurídico.

Finalmente, **en cuanto a la forma, se precisa que el acto jurídico debe cumplir con la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad**, con lo que estamos que la forma prescrita tiene el carácter de *ad solemnitatem*, ya que la forma prescrita sería consustancial al acto jurídico y el único modo de probar su existencia y contenido es el documento mismo; esto a diferencia de la forma *ad probationem*, en el cual la forma solo cumple una función probatoria.

2.2. Requisitos constitutivos

Los requisitos de carácter especial o constitutivos deben concurrir con los elementos esenciales y estos se encuentran desarrollados en la Teoría de los actos jurídicos integrados a las diversas instituciones jurídicas como sucede en el caso de la compraventa, por ejemplo, en que adicionalmente de los requisitos generales se requerirá que exista un bien que se venda y de un precio que deba ser pagado.

3. Institución jurídica

Por extensión en su acepción, se dice que una institución será considerada jurídica cuando forma parte de cada una de las materias de las diversas ramas del Derecho, como sucede con instituciones, tales como la institución de la familia, la institución del matrimonio, de la patria potestad, de las sucesiones, de la propiedad, etc.[(116)]. En otras palabras, una institución jurídica será cada una de las figuras jurídicas o materias que se ponen de manifiesto en las diversas disciplinas jurídicas[(117)], lo que supone encontrarnos frente a un conjunto de conocimientos jurídicos que posee cierta autonomía teórica y que eventualmente puede verse plasmado en un conjunto de normas reunidas de manera sistemática que intentan regular una situación de la realidad.

A decir de Trazegnies, las instituciones jurídicas no son soluciones universales a determinados problemas, sino intentos históricos de dar una respuesta jurídica a problemas cuya raíz es a veces –no siempre– universal; intentos circunstanciados, porque utilizan los valores, técnicas y conocimientos de cada

(116) OSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Heliasta, Buenos Aires, p. 388.
(117) FLORES POLO, Pedro. *Diccionario de términos jurídicos*. Cuzco, Lima, p. 96.

época determinada a fin de encontrar una solución mejor y más adecuada a las circunstancias[118].

II. UNA DENOMINACIÓN MENOS CONFUSA

Vemos que de una lectura rápida de la Ley de Conciliación, la concepción de la conciliación extrajudicial es que esta es una **institución**, lo que implica la existencia de un acto de voluntad por parte del Estado motivado por la necesidad de fomentar una cultura de paz. En este sentido, el artículo 3 de la Ley de Conciliación señala que "(...) La conciliación es una institución consensual, en tal sentido los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes".

A su vez, la misma ley considera a la conciliación como un acto jurídico[119] entendido como la manifestación de voluntad de los conciliantes dirigida a solucionar su conflicto de intereses, en la medida que sus efectos son consecuencias de la manifestación de la voluntad de las partes intervinientes en un procedimiento conciliatorio, destinada a crear, regular, modificar y/o extinguir relaciones jurídicas, y que se ve plasmado en el Acta, siendo que se debe cumplir además con los requisitos de validez de todo acto jurídico, resumidos en la capacidad del agente que celebra la conciliación, objeto física y jurídicamente posible, persecución de un fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Pero, además, existe otro uso para el término conciliación que se utiliza para hacer referencia al procedimiento de conciliación propiamente dicho o al resultado favorable dentro del mismo.

Esta significación diversa del término **conciliación** contenida en la ley para identificarla tanto como acto jurídico o como institución jurídica puede originar cierta confusión, al ser utilizada dentro de un lenguaje coloquial, como sucede muchas veces entre el común de la gente en expresiones, tales como "me voy a la conciliación", o "arribamos a una conciliación", o tal vez "hoy día conocí algo sobre la conciliación". Así, es sumamente importante denominar adecuadamente a estos tres conceptos distintos que se constituyen en diversas acepciones de un mismo término, ya que lo correcto sería utilizar denominaciones más específicas y menos coloquiales.

(118) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV, Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988, p. 28 y ss.

(119) Reglamento de la Ley de Conciliación:
"Artículo 3.- La conciliación es el acto jurídico por medio del cual las partes buscan solucionar su conflicto de intereses, con la ayuda de un tercero llamado conciliador. Se funda en el principio de la autonomía de la voluntad".

1. El acuerdo conciliatorio es acto jurídico

Así, la conciliación entendida como acto jurídico debería denominarse **acuerdo conciliatorio**, en la medida que es a través de esa manifestación de voluntad de las partes que se ve plasmada en el acuerdo conciliatorio –el que a su vez forma parte del Acta– que se pone fin a la controversia mediante un resultado favorable para las partes, existiendo la posibilidad de crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas que puedan ser materias conciliables. Pero debemos recordar también, que esta manifestación de voluntad de las partes debe estar acompañada de todos los elementos que se configuran en requisitos para verificar la existencia de un acto jurídico válido desde un punto de vista jurídico, y plasmado en un documento que posee una forma solemne bajo sanción de nulidad.

Sobre este particular, quedaría por señalarse además que, en los casos en los que no se llegue a un acuerdo, no existirá manifestación de voluntad plasmada en un acuerdo –el cual es inexistente– sino mas bien existirá manifestación de voluntad en el sentido de que las partes no desearon poner fin a su controversia mediante conciliación, sino más bien optaron por derivar su controversia a otra instancia de resolución.

2. La serie de actos es procedimiento conciliatorio

La conciliación entendida como la serie de actos regulados por ley y encaminados a intentar la búsqueda de una solución por voluntad de las partes, las que someten su controversia a un tercero a efectos que sean asistidas por este debería ser identificada con el término **procedimiento conciliatorio**. Sugerimos el término **procedimiento** y no **proceso**, porque este último término puede causar confusión porque su uso está ampliamente difundido en el campo del derecho procesal y por ello puede ser fácilmente confundido o asimilado al concepto de **proceso judicial**.

3. El conjunto de normas es institución jurídica

Finalmente, la serie de normas que pretenden regular de manera sistemática todo lo referente a la conciliación, así como todas las posibles explicaciones y justificaciones formuladas desde un punto de vista estrictamente teórico y con cierto nivel de autonomía se deberían agrupar en una denominación más específica como la de **institución de la conciliación**.

III. FUNCIÓN NO JURISDICCIONAL

La conciliación no constituye acto jurisdiccional, según lo prescrito por el artículo 4 de la Ley de Conciliación. Este artículo permite afirmar que la conciliación no vulnera el principio constitucional de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional del Estado consagrado en el artículo 139 de la actual Constitución Política del Perú, y que señala, además, que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

La Ley de Conciliación N° 26872 surgió a raíz de los Proyectos de Ley N° 2565/96-CR y 2581/96-CR propuestos el primero por los señores congresistas doctores Jorge Muñiz Siches, Jorge Avendaño Valdez y la doctora Lourdes Flores Nano; y el segundo por el doctor Óscar Medelius Rodríguez y que dieron origen a un texto sustitutorio aprobado en el dictamen en mayoría de la Comisión de Justicia y debatido en la **décimo primera (sic)** sesión vespertina del día jueves 11 de setiembre de 1997[(120)].

Los aspectos más importantes del Proyecto N° 2565/96-CR radicaban en el hecho de fundamentar a la conciliación en el principio de la autonomía de la voluntad, además de enumerar los principios éticos en los que reposaba (equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, legalidad, celeridad y economía procesal). Por otro lado, la conciliación debía realizarse de manera obligatoria previa al inicio de un proceso judicial en los centros de conciliación creados especialmente para tal fin y sobre aquellas controversias que se configuraran en pretensiones sobre derechos disponibles, siendo el caso que, de llegarse a un acuerdo, el acta que los contiene era susceptible de ser ejecutada en caso de incumplimiento a través del procedimiento de ejecución de resoluciones judiciales.

Otro aspecto importante de este proyecto de ley se encontraba en el hecho de que el conciliador podía proponer fórmulas conciliatorias no obligatorias, a la vez que se señalaba que la creación y supervisión de los centros de conciliación dependía del Ministerio de Justicia a la vez que se contemplaba la creación de la Junta Nacional de centros de conciliación como una persona jurídica que agrupaba a los centros de conciliación.

Por su parte, el Proyecto N° 2581/96-CR mencionaba que el ámbito de aplicación de la conciliación estaba dado por las controversias determinadas o determinables respecto de las cuales las partes tuvieran facultad de libre

(120) Ver: CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Diario de los Debates. Primera Legislatura Ordinaria de 1997*, Tomo I. Lima, 1997, pp. 815-851.

disposición, siendo un procedimiento de carácter obligatorio antes de acudir al Poder Judicial, salvo en el caso de procesos cautelares y ejecutivos. Por otro lado, las partes podían optar por solicitarla ante el Poder Judicial o ante los centros de conciliación, diciéndose que el conciliador debía ser abogado. Los eventuales acuerdos constarían en un acta a la cual se le daba el efecto de cosa juzgada, previo a lo cual debían ser homologadas ante el jueces de paz letrado competente.

Los autores de ambos proyectos de ley propusieron un texto sustitutorio, el cual presentaba como principales características el hecho de definir a la conciliación como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, basado en el principio de la autonomía de la voluntad y con carácter obligatorio previo al proceso judicial. Asimismo, este procedimiento debía realizarse siguiendo los principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía; debiendo ser materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables sobre derechos disponibles de las partes.

Asimismo, se establecía la posibilidad de elegir conciliar entre un centro de conciliación o el Poder Judicial, para lo cual el procedimiento era único para conciliar ante cualquiera de ellos, siendo que la audiencia de conciliación era una sola pero comprendía la posibilidad de realizarla en varias sesiones, con la única condición de que la concurrencia a esta audiencia era personal, salvo las excepciones previstas por ley para actuar a través de representantes legales.

Por otro lado, el conciliador podía ser o no ser abogado, para lo cual los centros de conciliación debían tener un soporte profesional multidisciplinario. En el caso de las actas de conciliación con acuerdo, estas podían ser reclamadas a través del procedimiento de ejecución de resoluciones judiciales, eliminándose de esta manera el proceso de homologación de actas ante los juzgados de paz letrados.

Sobre este tema resulta interesante recordar la discusión que se dio en la sesión del 11 de setiembre de 1997, cuando se debatían los Proyectos de Ley N°s 2565/96-CR y 2581/96-CR, mediante los cuales se propone la implementación de la conciliación extrajudicial. Se llegaba a señalar, con criterio totalmente errado y que demostraba desconocimiento de la figura, que la creación de una estructura alterna a la del Poder Judicial no solucionaría los problemas de los justiciables, sino que, por el contrario los complicaría y dilataría al contrariarse a la Constitución, que declara que la administración de justicia es ejercida por el Poder Judicial, atentándose contra la unidad y

exclusividad de la función jurisdiccional, estableciéndose una jurisdicción independiente a la militar y arbitral previstas en la Constitución.

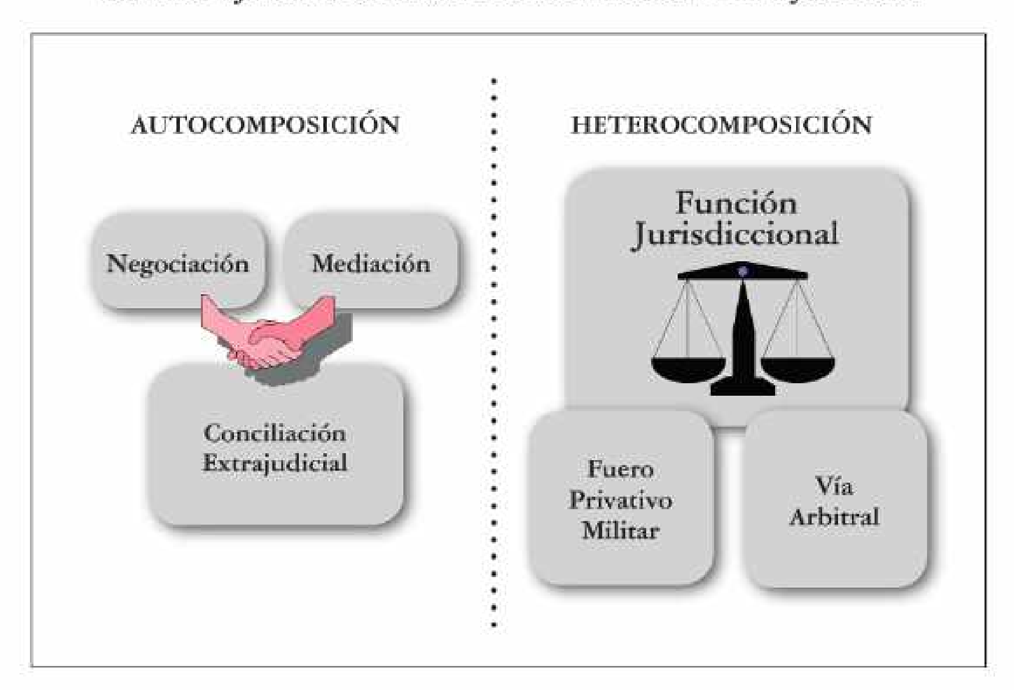
Conviene recordar también lo mencionado por la doctora Lourdes Flores Nano, coautora de uno de los proyectos que dieron origen a la actual ley, al mencionar que, como la etimología de la palabra lo dice, la función jurisdiccional supone que hay *juris dictio*, que alguien dicta derecho, que alguien dice en determinada controversia que alguien tiene razón, que esta es la verdad –y esa sería función exclusiva de los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional–; pero la labor del conciliador es la de sentar a dos partes para que ellas se pongan de acuerdo y formalizar lo que estas resuelvan, pero de ninguna manera este puede suplir la voluntad de las partes, por tanto, no se puede afirmar que dicta derecho, pues él no resuelve nada, no declara nada; simplemente formaliza lo que las partes de por sí han acordado, dentro de un sistema autocompositivo de resolución de conflictos, por lo que no se podría afirmar que estamos ante una función jurisdiccional que es una típica forma heterocompositiva de resolución de conflictos.

Abundando en el tema, mencionó además que la función jurisdiccional tiene algunos elementos claves como, por ejemplo, la llamada *vocatio*, que es la facultad de compeler a que concurran. En el caso de la conciliación, si alguien no quiere conciliar, no asiste a la audiencia, y el conciliador no lo puede hacer asistir, pues no está obligado a ir, por lo tanto el conciliador carece de *vocatio*. Asimismo, el conciliador tampoco posee la *coercio*, que es la posibilidad de que la decisión que se tome pueda ser ejecutada; tanto es así que, si el acta de conciliación no es cumplida, hay que ir al juez para que este la haga cumplir. Finalmente, tampoco posee la *juricio*, que es la potestad de resolver la controversia.

Los argumentos en contra de la conciliación al considerarla contraria a las disposiciones de la Constitución Política pierden sustento ya que ha quedado comprobado meridianamente que la conciliación no afecta la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, las cuales siguen siendo ejercidas por el Poder Judicial en otra esfera de acción dentro de un sistema heterocompositivo, aunque para evitar en el futuro cualquier tipo de interpretación errónea, el legislador optó por mantener la redacción del proyecto de ley indicando que la conciliación no constituye acto jurisdiccional.

GRÁFICO

FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL



CAPÍTULO VI

LA VIGENTE –Y COMPLICADA– REGULACIÓN DE LAS MATERIAS CONCILIABLES EN LA LEY DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL



LA VIGENTE –Y COMPLICADA– REGULACIÓN DE LAS MATERIAS CONCILIABLES EN LA LEY DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

"Todos los asuntos tienen dos asas: por una son manejables, por la otra no"

Epicteto de Frigia

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar la Ley de Conciliación Extrajudicial, Ley N° 26872, a la luz de la modificatoria integral del marco normativo que regula el **Sistema Conciliatorio Extrajudicial** introducida por el Decreto Legislativo N° 1070 y el Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, en lo que se refiere al tratamiento normativo de las materias conciliables.

Este tema ya había sido desarrollado anteriormente[121], pero estimamos pertinente volverlo a tratar de manera actualizada adecuando su análisis a la regulación legal vigente, toda vez que se constituye en un tema que siempre será de vital importancia en tanto que es la esencia misma de la institución conciliadora, porque a través del establecimiento de normas claras debe quedar meridianamente claro –por lo menos al conciliador extrajudicial– cuál es el tema que puede ser admitido como materia conciliable y, en consecuencia, susceptible de plantearse al interior de un procedimiento conciliatorio con la

(121) El tema de la regulación de las materias conciliables ha sufrido modificaciones impostantes, respecto del marco normativo originario. Cuando se produjeron las modificatorias introducidas en su oportunidad por la Ley N° 27398 publicada el 13 de enero de 2001, se publicó el artículo, "Regulación de las materias conciliables en la ley de conciliación extrajudicial". En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 119, Gaceta Jurídica. Lima, octubre, 2003, pp. 41-60. Posteriormente, con ocasión de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1070 se publicó una versión actualizada: "¿...Y eso es conciliable?: la vigente (y complicada) regulación de las materias conciliables en la Ley de Conciliación Extrajudicial". En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 116. Lima, octubre, 2010, pp. 283-315.

finalidad de que se intente su resolución, en tanto existe un marco normativo que exige transitar por aquel antes de judicializar la controversia.

Otro aspecto a considerar es que, a diferencia de un proceso judicial o un procedimiento administrativo en donde se recibe el pedido y luego se califica a fin de determinar su admisibilidad o su procedencia, en el procedimiento conciliatorio existe mandato legal de calificar de manera previa la recepción y procedencia de una solicitud de conciliación no solamente en cuanto al cumplimiento de sus requisitos formales, sino también en cuanto al extremo de verificar que nos encontramos frente a una materia conciliable(122), bajo pena de sanción(123); en este sentido, la experiencia nos ha demostrado que la regulación legal vigente contiene algunas zonas grises y nebulosas que inducen a errores de calificación de las materias conciliables contenidas en las solicitudes de conciliación y buena cantidad de operadores jurídicos no llegan a entender la trascendencia y complejidad que el tema de las materias conciliables llega a tener dentro del sistema conciliatorio.

Al variarse el marco normativo compuesto por la Ley de Conciliación y su Reglamento se ha modificado el régimen de las materias conciliables; en consecuencia, existe una variación sustancial en cuanto al tratamiento originario de las materias conciliables obligatorias y facultativas establecidos de manera previa en el texto original de la Ley de Conciliación, al igual que el régimen de las materias que no pueden someterse a un procedimiento conciliatorio por estar expresamente prohibidas por mandato legal. Esta situación nos obliga a replantear –una vez más– algunas ideas en torno al tema de las materias susceptibles de ser sometidas al régimen de conciliación a la luz de estas nuevas disposiciones legales.

II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Pretensión determinada, pretensión determinable y derechos disponibles.

---

(122) Decreto Supremo N° 014-2008-JUS. Reglamento de la Ley de Conciliación:
"Artículo 56.- De las obligaciones del centro de conciliación. Sin perjuicio de lo previsto en el presente Reglamento, los centros de conciliación se encontrarán obligados a: (...)
28. Tramitar solicitudes de conciliación solo sobre materias conciliables.
(...)".

(123) Decreto Supremo N° 014-2008-JUS. Reglamento de la Ley de Conciliación:
"Artículo 115.- De las infracciones sancionadas con multa. Se sanciona con multa: (...)
a) A los Conciliadores por:
1. Realizar procedimiento conciliatorio sobre materia no conciliable.
(...)
c) A los centros de conciliación por:
1. Admitir a trámite procedimiento conciliatorio sobre materia no conciliable.
(...)".

Establece el artículo 7 de la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación (en adelante, la ley), modificado por el Decreto Legislativo Nº 1070, que son materia de conciliación "(...) las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes (...)". En esta breve definición legal respecto de lo que puede ser conciliable encontramos una trilogía de conceptos que merecen ser detallados, a saber: pretensiones determinadas, pretensiones determinables y derechos disponibles.

1. Pretensión determinada

El Reglamento de la Ley de Conciliación, Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS (en adelante, el Reglamento) señala en su artículo 7 que "(...) es materia de conciliación aquella pretensión fijada en la solicitud de conciliación (...)".

En realidad no existe una definición legal de **pretensión determinada**, pero debemos asumir que esta se halla implícita en el texto del Reglamento, esto si tomamos en consideración la definición que de ella hacía expresamente el artículo 9 del derogado primer Reglamento de la Ley de Conciliación (aprobado por Decreto Supremo Nº 001-98-JUS), que establecía que "(...) se entiende como pretensión determinada aquélla por la cual se desea satisfacer un interés que ha sido perfectamente fijado en la solicitud de conciliación (...)".

En este orden de ideas, podríamos afirmar que, de manera similar a como se señala el petitorio en la demanda que se efectúa en sede judicial, en el procedimiento conciliatorio el solicitante debe señalar su pretensión de manera clara en la solicitud de conciliación; esto es, la parte solicitante plantea en su escrito de solicitud no solo los hechos que dieron lugar al conflicto, sino también su pretensión determinada, entendida como lo que desea obtener mediante acuerdo al que aspira llegar al interior del procedimiento conciliatorio respectivo, para lo cual se tendrá que emplazar –o invitar a conciliar– a la otra parte denominada invitada. Pero también se puede presentar una situación distinta al existir la posibilidad de que la solicitud de conciliación sea planteada de manera conjunta por las partes involucradas en el conflicto, con lo cual existiría confluencia de una pluralidad de partes solicitantes que desean resolver su controversia.

En cualquiera de ambos casos, existe mandato legal para que la pretensión determinada sea señalada expresamente en la solicitud de conciliación[124] (que también puede formularse directamente de manera verbal ante el centro de

(124) Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS. Reglamento de la Ley de Conciliación:
"Artículo 12.- Requisitos de la Solicitud de Conciliación. La Solicitud de Conciliación deberá presentarse por escrito y contendrá: (...)
8. La pretensión, indicada con orden y claridad, precisando la materia a conciliar.
(...)".

conciliación) y nos ofrecerá una certeza relativa acerca de las materias controvertidas a intentar solucionarse en el procedimiento de conciliación, ya que, en principio, estas son susceptibles de ser variadas, como veremos a continuación.

2. Pretensión determinable

El artículo 7 del Reglamento no define lo que es una **pretensión determinable**; únicamente señala que "(...) no existe inconveniente para que en el desarrollo de la conciliación, las partes fijen distintas pretensiones a las inicialmente previstas en la solicitud (...)".

Debemos entender que esta disposición legal subsume el concepto de pretensión determinable, mas aun si tomamos en cuenta que el artículo 9 del derogado primer Reglamento de la Ley de Conciliación (aprobado por Decreto Supremo Nº 001-98-JUS) nos señalaba que "(...) la pretensión determinable se presenta cuando esta es susceptible de fijarse con posterioridad a la presentación de la solicitud de conciliación (...)". En este sentido es preciso señalar que, si bien la norma no lo dice de manera expresa, debe entenderse que se habilita a las partes (solicitante e invitada) la posibilidad de ampliar o también de variar la pretensión original contenida en la solicitud, y que puede darse tanto por parte del solicitante como por el invitado a conciliar durante cualquier momento del desarrollo de la audiencia de conciliación.

En este sentido, una lectura de los artículos 15[(125)] y 16 literal g)[(126)] de la Ley nos lleva a afirmar que el marco normativo sí contempla la posibilidad de

(125) Ley Nº 26872, Ley de Conciliación:
"Artículo 15.-Conclusión del procedimiento conciliatorio
Se da por concluido el procedimiento conciliatorio por:
a) Acuerdo total de las partes.
b) Acuerdo parcial de las partes.
c) Falta de acuerdo entre las partes.
d) Inasistencia de una parte a dos (2) sesiones.
e) Inasistencia de ambas partes a una (1) sesión.
f) Decisión debidamente motivada del Conciliador en Audiencia Efectiva, por advertir violación a los principios de la Conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la Audiencia o por negarse a firmar el Acta de Conciliación.
(...)
La formulación de reconvención en el proceso judicial, solo se admitirá si la parte que la propone, no produjo la conclusión del procedimiento conciliatorio al que fue invitado, bajo los supuestos de los incisos d) y f) contenidos en el presente artículo.
La inasistencia de la parte invitada a la Audiencia de Conciliación, produce en el proceso judicial que se instaure la presunción legal relativa de verdad sobre los hechos expuestos en el Acta de Conciliación y reproducidos en la demanda. **La misma presunción se aplicará a favor del invitado que asista y exponga los hechos que determinen sus pretensiones para una probable reconvención, en el supuesto que el solicitante no asista.** En tales casos, el Juez impondrá en el proceso una multa no menor de dos ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal a la parte que no haya asistido a la Audiencia" (el resaltado es nuestro).

(126) Ley Nº 26872, Ley de Conciliación:
"Artículo 16.- Acta.

que no solo el solicitante sino también el invitado puedan plantear al interior de un procedimiento conciliatorio nuevas pretensiones –determinables– en el momento de desarrollarse la audiencia de conciliación, como requisito que lo habilite después a formular reconvención en el posterior proceso judicial que se instaure en caso de no llegar a un acuerdo conciliatorio. Para ello, el acta debe contener necesariamente los planteamientos del invitado que sustenten su probable reconvención, los mismos que deben ser considerados como pretensiones determinables[127].

El hecho de no existir inconveniente para que, en el desarrollo del procedimiento de conciliación, las partes fijen distintas pretensiones a las inicialmente previstas en la solicitud, es una característica muy particular de la conciliación extrajudicial que se presenta como una ventaja, pero también como un problema.

Afirmamos que es una ventaja para las partes porque mediante un único procedimiento conciliatorio se puede intentar resolver no solo el problema que justifica la presentación de la solicitud de conciliación, sino los posibles temas conexos que eventualmente sean propuestos por las partes involucradas (solicitante y/o invitado) que pueden tener (o no) relación de conexidad con dicho tema originario y en tanto sean materias conciliables.

Por el contrario, es una desventaja para el conciliador, puesto que de la sola lectura de la solicitud de conciliación no estará en capacidad de poder delimitar perfectamente los temas que componen el conflicto o controversia teniendo como única guía provisional la pretensión determinada contenida en la solicitud de conciliación, razón por la cual al momento de identificar los problemas que se intentarán ayudar a resolver existirá la posibilidad de incorporarse otras controversias existentes y que podrían configurarse en

(...)
El Acta deberá contener lo siguiente:
(...)
g. Los hechos expuestos en la solicitud de conciliación y, en su caso, **los hechos expuestos por el invitado como sustento de su probable reconvención, así como la descripción de la o las controversias correspondientes en ambos casos**. Para estos efectos, se podrá adjuntar la solicitud de conciliación, la que formará parte integrante de Acta, en el modo que establezca el Reglamento.
(...)" (el resaltado es nuestro).

(127) Creemos que resulta cuestionable la exigencia al invitado no solamente de concurrir a la audiencia de conciliación sino de plasmar en el acta de conciliación los fundamentos de su probable reconvención bajo sanción de no poder formular la misma en el eventual proceso judicial que se pueda iniciar posteriormente. La intención debería ser, dentro del régimen de obligatoriedad de concurrencia adoptado, promover la concurrencia del invitado a la audiencia de conciliación, siendo que, de verificarse su concurrencia debería quedar automáticamente habilitado para formular su reconvención e imponer la respectiva multa. No permitirle reconvenir, a pesar de haber concurrido, podría ser considerado –con justa razón– como una vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

condiciones antecedentes del conflicto que determinarán su solución. En este caso, el conciliador deberá elaborar la **agenda**, que no es otra cosa que enumerar el listado de los puntos identificados como problemas[128], sobre la base de las pretensiones determinadas –contenidas en la solicitud– y eventuales pretensiones determinables –propuestas por las partes en la audiencia–, las mismas que deben consignarse obligatoriamente en el acta de conciliación[129].

Un ejemplo puede sernos de mucha ayuda. Iván ha celebrado un contrato de mutuo dinerario con Víctor, y ante el incumplimiento del pago del préstamo en la fecha de vencimiento acordada invita a conciliar a Víctor para que cumpla con pagar el íntegro del monto adeudado; mas en la audiencia –y a pesar de no estar consignado en la solicitud– Iván requiere a Víctor para que, adicionalmente a lo solicitado, cumpla con pagarle los respectivos intereses generados por la mora en el cumplimiento de la obligación; asimismo, aprovecha la concurrencia de Víctor a la audiencia para solicitarle una indemnización por el daño que se le ha causado por el incumplimiento. En este caso la pretensión determinada es el pago de la deuda, y las pretensiones determinables son el pago de intereses y una indemnización, todas estas –pretensiones determinadas y determinables– planteadas por Iván en su calidad de solicitante.

Partes	Pretensión determinada	Pretensión determinable
Iván (solicitante)	Pago de deuda	Pago de intereses e indemnización
Víctor (invitado)	Ninguna	Ninguna

Otro ejemplo. Julio, propietario de un departamento alquilado a Oswaldo, lo invita a conciliar debido a la falta de pago de tres meses de alquiler, con la finalidad de que este cumpla con desocupar el inmueble arrendado y que proceda a cancelar el monto correspondiente a la deuda. En este caso la pretensión determinada presentada por el solicitante es desalojo por falta de pago y pago de arriendos. Sin embargo, no debería sorprendernos que a su vez Oswaldo solicite en la audiencia de conciliación el reconocimiento y pago de las mejoras necesarias que ha efectuado en el inmueble, teniendo esta última pretensión el carácter de ser determinable y además planteada por el invitado.

(128) Decreto Supremo N° 014-2008-JUS. Reglamento de la Ley de Conciliación:
"Artículo 43.- Funciones específicas del Conciliador. Son funciones específicas del Conciliador: (...)
4. b) Identificar el o los problemas centrales y concretos sobre los que versará la Conciliación (...)".

(129) Decreto Supremo N° 014-2008-JUS. Reglamento de la Ley de Conciliación:
"Artículo 7.- (...) El acta de conciliación debe contener obligatoriamente las pretensiones materia de controversia, que son finalmente aceptadas por las partes (...)".

Partes	Pretensión determinada	Pretensión determinable
Julio (solicitante)	Desalojo por falta de pago Pago de arriendos	Ninguna
Oswaldo (invitado)	Ninguna	Reconocimiento y pago de mejoras

Otro caso. Supongamos que en un procedimiento de conciliación en familia solicitado por la señora Juana, esta invita a conciliar al señor Pedro, su pareja, para conciliar el establecimiento de un régimen de visitas para que él pueda ver a su hijo Junior. Hasta aquí es fácil advertir e identificar la pretensión determinada (régimen de visitas), la cual consta en la solicitud de conciliación y ha sido planteada por la parte solicitante (Juana). Pero imaginemos que, durante el desarrollo de la audiencia, Juana solicita además que de manera previa se establezca una pensión de alimentos a favor de su menor hijo; acá nos encontramos ante una pretensión determinable planteada por la parte solicitante. Por su parte, Pedro considera que el momento es más que propicio para definir primero la tenencia del menor a su favor, y por otro lado, también desea la liquidación de la sociedad de gananciales a fin de formalizar el estado de separación que tiene con su excónyuge; estas serían pretensiones determinables planteadas por la parte invitada que, al margen de que sean resueltas en su totalidad o no (dando origen a los acuerdos totales o parciales, respectivamente), deben consignare en el acta de conciliación.

Partes	Pretensión determinada	Pretensión determinable
Juana (solicitante)	Régimen de visitas	Pensión de alimentos
Pedro (invitado)	Ninguna	Tenencia Liquidación de sociedad de gananciales

En la práctica cotidiana podremos apreciar que estas figuras –y otras más– se pueden dar sin ningún problema en las audiencias de conciliación extrajudicial en la medida que los puntos controvertidos serán identificados al final de la fase conocida como **comunicación, o escuchar los relatos iniciales de las partes**, pero va a romper el esquema procesal al que estamos acostumbrados y que se presenta al interior de un proceso judicial, en donde el juez únicamente debe atenerse de manera forzosa al petitorio contenido en la demanda, esto en cumplimiento del principio de congruencia judicial que, inspirado en el aforismo *ne eat judex ultra petita partium* o que "el juez no puede darle a una parte más de lo que esta pide", tiene vigencia plena en el proceso civil, siendo que, si bien es cierto las normas que regulan el proceso son de carácter público, el derecho que declara el juez en cuanto a contenido es de naturaleza privada, por lo tanto el juez no tiene facultad para afectar

la declaración de voluntad del demandante y concederle más de lo que este ha pretendido en su demanda, o como dice Monroy, se exige al juez que no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso que resuelve[130]. Sin embargo, este impedimento no se presenta cuando el juez otorga menos de lo demandado, cuando estime que el demandante no probó todos los extremos de su pretensión.

3. Derechos disponibles

La esencia misma de las materias conciliables, entendidas como lo que sí se puede conciliar, la tenemos en el concepto de **derechos disponibles**. El actual marco normativo no define lo que debe entenderse por derechos disponibles. Tal vez deberíamos remitirnos a la definición legal contenida en el artículo 7 del anterior reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 001-98-JUS, la misma que establecía que podrá entenderse como derechos disponibles "(...) aquellos que tienen un contenido patrimonial (...)"; es decir, los que son susceptibles de ser valorados económicamente. Son también derechos disponibles "(...) aquellos que no siendo necesariamente patrimoniales, pueden ser objeto de libre disposición (...)". Es necesario entonces entender de manera más precisa esta doble característica de los derechos disponibles:

3.1. Contenido patrimonial

En primer lugar, se afirma que los derechos disponibles tienen un contenido patrimonial, lo que se percibe como susceptible de valoración económica, esto es, que puede ser valorado monetariamente ya sea fijándole un precio o mediante el pedido de una indemnización; pero existirá siempre la pregunta acerca de qué cosas pueden valorarse de esta forma, ya que el Derecho Privado, tradicionalmente, está integrado por dos tipos de derechos, a saber: patrimoniales y no patrimoniales. Derechos patrimoniales son los que pueden ser valuados en dinero; los no patrimoniales, los no valuables en dinero, como los referentes a la familia, la patria potestad, el estado civil, etc. Aunque debemos advertir que esta clasificación clásica se encuentra en crisis –como bien apuntaba Ennecerus[131]– ya que no siempre es exacta, porque el derecho de propiedad puede recaer sobre cosas que no tienen valor, o que pueden tenerlo

(130) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de Proceso Civil.* Librería Studium, Lima, 1987, p. 222. Adicionalmente, el autor hace el distingo de las incongruencias que pueden presentarse, como son la incongruencia *citra petita*, que es la omisión en el pronunciamiento de alguna de las pretensiones; la incongruencia *extra petita*, que ocurre cuando la decisión contiene una pretensión no demandada o está referida a persona ajena al proceso; y la incongruencia *ultra petita*, que es aquella originada en el hecho de que la decisión concede o adjudica más de lo que fue pedido.

(131) Citado por ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho Civil: los derechos reales.* P.T.C.M., Lima, 1947, p. 10 y ss.

solo para la parte interesada, como sucede, por ejemplo, con el caso de un recuerdo familiar, una carta o el rizo de la amada; en cambio tenemos derechos clasificados como no patrimoniales, como el de la patria potestad que, sin embargo, tiene frecuentemente un interés económico apreciable, porque el padre hace suyos los rendimientos de los bienes de los hijos.

De igual forma, y parafraseando a Bullard(132), podríamos sostener de manera simplista que poseerá esta característica de patrimonial todo aquello que se refiera a los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades humanas materiales y que pueden ser cuantificados en dinero, argumento que él mismo se encarga de desbaratar al entender que esta **patrimonialidad** se puede llegar a confundir con elementos no patrimoniales, toda vez que existirán derechos que en principio no serían susceptibles de valorarse económicamente –como por ejemplo el derecho al honor o a la integridad física– pero que mediante el pedido de una indemnización podrían patrimonializarse, aunque tampoco sean objeto de libre disposición; y de manera contraria, derechos susceptibles de valorarse económicamente podrían verse impedidos de cuantificarse económicamente al primar un aspecto subjetivo compuesto por los afectos del propietario por sobre cualquier posible valoración económica que pueda realizarse de manera objetiva, –como sucede con una reliquia familiar, que para el titular no tiene precio– encontrándonos ante aspectos altamente subjetivos de apreciación del derecho. Continúa Bullard señalando que podrá ser considerado como patrimonial aquel aspecto de la relación jurídica que persiga la satisfacción de un interés patrimonial en la prestación, es decir aquel interés que enfrente a dos individuos en su posibilidad mutua de maximizar beneficios.

Vemos pues que nos encontramos con que esta característica de valoración económica no se podrá dar siempre puesto que no es exclusiva de los derechos disponibles, sino que también pueden llegar a patrimonializarse otro tipo de derechos que no son disponibles, pero que pueden patrimonializarse en caso de una afectación negativa que requiera un resarcimiento económico, lo cual no implica que sean necesariamente disponibles; por el contrario, también existe la posibilidad de que siendo el derecho objetivamente susceptible de valorarse económicamente, el titular de ese derecho no podrá asignarle un valor monetario por un elemento subjetivo que prima sobre el criterio objetivo. Estos supuestos deberían volverse a recoger en la Ley de Conciliación.

(132) Ver: BULLARD G., Alfredo. *La relación jurídico patrimonial: Reales vs. Obligaciones*. Lluvia Editores, Lima, 1990, pp. 131-136.

3.2. Libre disposición

En segundo lugar, y atendiendo a la eventual imposibilidad de valorarse económicamente, se habla de la que podría considerarse la principal característica de los derechos disponibles, como es el hecho de que puedan ser objeto de libre disposición, esto es, que el titular de aquellos derechos ejercite facultades que demuestren su capacidad de dominio, enajenación o de gravar dichos derechos, sin ningún tipo de prohibición legal que limite o restrinja esas facultades. El ejemplo clásico de derecho disponible lo encontramos al interior del derecho de propiedad, por el cual una persona tiene el derecho de usar, disfrutar, disponer y recuperar los bienes a los que tiene derecho, y debe entenderse que la facultad de disponer implica la posibilidad de preservar el derecho que posee, o apartarlo de su esfera de acción jurídica sin impedimento de ninguna clase. En este sentido, la Comisión de Justicia del Congreso, en su dictamen sobre el Proyecto de Ley de Conciliación definió como derechos disponibles "(...) aquellos derechos de contenido patrimonial y por tanto pueden ser objeto de negociación (transacción), se regulan desde normas creadas interpartes con límite a las normas de carácter imperativo, son susceptibles de embargo, enajenación o subrogación, son transmisibles por herencia, son susceptibles de caducidad y prescripción (...)".

Finalmente, el hecho de que las partes puedan disponer de sus derechos se encuentra limitado, ya que esos actos de libre disposición serán válidos siempre y cuando el Acuerdo Conciliatorio al que se haya arribado no sea contrario a las leyes que interesan al orden público ni a las buenas costumbres, según lo establece el artículo 4 del Reglamento.

Un ejemplo podría graficar mejor la situación: suponiendo que una persona en su condición de propietaria de un inmueble decidiera darlo como parte de pago de una deuda contraída con un tercero, no tendría ningún inconveniente –en principio– para poder formalizar dicho cumplimiento mediante la celebración de un acuerdo conciliatorio con su acreedor en el cual le transfiere la titularidad del predio; pero la posibilidad de que esa situación pueda ocurrir en la realidad variará, sustancialmente si es que de los hechos se llegará a verificar que el deudor posee el estado civil de casado, y que ese inmueble hubiera sido adquirido con posterioridad a la celebración de su matrimonio, con lo que se constituiría en bien común de la sociedad de gananciales, o que el inmueble con el que pretende cancelar la deuda estuviera sujeto a algún tipo de carga o gravamen, hechos que dificultarían o imposibilitarían el acto de disposición por mandato legal y que deberían estar perfectamente señalados en la normatividad y ser de cumplimiento obligatorio.

Comentario aparte merece el hecho de distinguir los derechos disponibles, con su característica de libre disposición, de los demás derechos que posee toda persona y que se encuentran amparados por la normativa vigente. Así, nuestra Constitución reconoce derechos inherentes a todo ser humano que no pueden ser otorgados o negados ya que se nace con ellos y poseen la característica de ser fundamentales como sucede con los derechos a la vida, la integridad moral, psíquica y física, etc. y que fueron reconocidos como consecuencia de la revolución liberal iniciada en Francia en 1789 que pregonaba el reconocimiento de ciertas libertades básicas inherentes a todo individuo por el solo hecho de serlo. Esta situación se llegó a complementar con la incorporación de los llamados **derechos sociales**, con una clara mención de los derechos laborales –que en nuestra Constitución Política tienen el carácter de **irrenunciables**– exigiendo una más activa participación del Estado a fin de que cumpla con su rol de proporcionar seguridades a sus miembros. Tan importantes son estos derechos que no se permite cualquier acto de disposición, cesión o renuncia a pesar de que sus titulares deseen hacerlo, ya que por encima de su voluntad prima el interés social.

De una lectura de la nueva regulación de las materias conciliables en la Ley de Conciliación y su Reglamento, encontramos una triple clasificación de las mismas pudiéndolas disgregar en materias conciliables obligatorias, materias conciliables facultativas y las que podríamos denominar materias improcedentes de ser conciliables.

III. MATERIAS CONCILIABLES OBLIGATORIAS

El texto del artículo 7 de la Ley, modificado por el Decreto Legislativo N° 1070 señala:

> "Artículo 7 Ley.- Materias conciliables.
>
> Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.
>
> En materia de familia, son conciliables aquellas pretensiones que versen sobre pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, así como otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición. El conciliador en su actuación deberá aplicar el Principio del Interés Superior del Niño.
>
> La conciliación en materia laboral se llevará a cabo respetando el carácter irrenunciable de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución Política del Perú y la ley.

> La materia laboral será atendida por los centros de conciliación Gratuitos del Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y por los centros de conciliación Privados para lo cual deberán contar con conciliadores acreditados en esta materia por el Ministerio de Justicia. En la audiencia de conciliación en materia laboral las partes podrán contar con un abogado de su elección o, en su defecto, deberá de estar presente al inicio de la audiencia el abogado verificador de la legalidad de los acuerdos.
>
> En materia contractual relativa a las contrataciones y adquisiciones del Estado, se llevará a cabo de acuerdo a la ley de la materia".

Este artículo debe ser entendido como el marco que regula la exigencia del cumplimiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, la misma que resulta aplicable, en principio, a los temas allí señalados. Claro está que, no se debe realizar una interpretación literal de este artículo, toda vez que debemos tratar de interpretarlo de manera sistemática.

1. Derechos disponibles

En la práctica, el término derechos disponibles subsume toda una serie de posibilidades de materias de Derecho Civil patrimonial en las que la exigencia de la conciliación resultaría exigible de manera obligatoria: así, por ejemplo, en los folletos informativos de la mayoría de centros de conciliación extrajudicial se afirma que se constituyen como materias susceptibles de conciliarse los desalojos[133], otorgamiento de escritura pública, interdictos[134], pago de deudas,

(133) El proceso de desalojo se tramita en la vía sumarísima, y de acuerdo a lo señalado en los artículos 585 y 586 del Código Procesal Civil el propietario, el arrendador o el administrador de un predio pueden demandar la restitución de ese predio interponiendo esa demanda en contra del arrendatario, el subarrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución. Así, tenemos que se puede demandar el desalojo por la falta de pago de los arrendamientos (concretamente la falta de pago de dos meses y quince días conforme lo establece el artículo 1697 del Código Civil) o porque el poseedor del inmueble es un ocupante precario, es decir, porque la posesión del inmueble se ejerce sin título alguno o el que se tenía ha fenecido, conforme lo prescribe el artículo 911 del Código Civil. Empero, hay que considerar que existen otros procesos de desalojo que tienen una regulación propia que los exime del cumplimiento de la conciliación extrajudicial. Así, existe una modificación legal al texto del artículo 7-A de la Ley de Conciliación, efectuada por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1196, y por el cual se señala como supuesto de materia no conciliable los **casos de desalojo previstos en el Decreto Legislativo N° 1177 - Decreto Legislativo que establece el régimen de promoción del arrendamiento para vivienda** (conocido también como "desalojo express" y que ha creado un proceso especial de ejecución de desalojo) **y en la Ley N° 28364 - Ley que regula el contrato de capitalización inmobiliaria y sus modificatorias** (conocido como contrato de "alquiler-venta"). En estos supuestos no se exige –y hasta más bien se prohíbe– el inicio del intento conciliatorio a nivel extrajudicial.

(134) Respecto a la posibilidad de conciliar los interdictos, resulta interesante la posición de Christian Stein, la cual compartimos, respecto a que sean tramitados judicialmente sin que medie forzosamente conciliación

obligación de dar, hacer o no hacer, indemnizaciones, división y partición de bienes, incumplimiento, resolución y rescisión de contrato, rectificación de áreas y linderos, reivindicación, retracto, mejor derecho de propiedad, ofrecimiento de pago, pago de alquileres, problemas vecinales y otros sobre derechos disponibles[135]. Todos estos temas y otros más que se podrían suscitar, presentan una serie de características comunes que conviene precisar:

> En primer lugar, **existe la posibilidad que los derechos sean valorados económicamente**.
>
> En segundo lugar, al margen de la ya aludida posibilidad o no de ser valorados económicamente, **nos encontramos ante derechos de libre disposición por parte de sus titulares**, lo que implica que no existe ningún tipo de impedimento legal para que los titulares de esos derechos los puedan apartar de su esfera de actuación jurídica a través de una renuncia –sea esta unilateral o bilateral, a título oneroso o gratuito– o una transacción.

Finalmente, en tercer lugar, **existirá la exigencia de su cumplimiento** a aquel que está obligado a hacerlo por parte de la persona afectada por el incumplimiento de determinada obligación y que, desde un punto de vista legal –como parte de una relación obligacional en la que encontramos a un deudor y a un acreedor– constituirá la raíz del conflicto o controversia.

---

previa, en razón de que los actos de perturbación de la posesión son esencialmente sucesos de violencia, siendo que en la práctica los jueces no se han puesto de acuerdo a admitir demandas con o sin conciliación previa, siendo lo conveniente regularlos como materia conciliable facultativa. Ver: STEIN CÁRDENAS, Christian. "La demanda interdictal frente al requisito de procedibilidad conciliatorio", en: Especial: Problemas actuales derivados del procedimiento conciliatorio. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 253, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2014, pp. 51-55.

(135) La Directiva N° 001-2016-JUS/DGDP-DCMA, Lineamientos para la correcta prestación del servicio de conciliación extrajudicial, aprobada por Resolución Directoral N° 069-2016-JUS/DGDP, establece un listado de materias conciliables. Señala que en material civil se considerarán como materias conciliables: resolución de contrato, incumplimiento de contrato, otorgamiento de escritura, rectificación de áreas y linderos, ofrecimiento de pago, desalojo (por falta de pago, vencimiento de plazo, ocupación precaria, incumplimiento de contrato entre otros), división y partición, indemnización, indemnización por separación unilateral de unión de hecho (debiendo acreditar previamente la declaración de unión de hecho), retracto, petición de herencia (solo cuando se acredite la calidad de heredero reconocido), interdicto de retener y recobrar, obligación de dar suma de dinero, obligaciones de dar, hacer y no hacer; reivindicación, sentencia con condena de future y pago de mejoras. En material de familia se considera como materias conciliables: pensión de alimentos (tanto para hijos nacidos dentro del matrimonio, para hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres y de aquellos cuya paternidad no haya sido reconocida ni declarada judicialmente, además de establecer alimentos a favor del conviviente –previa declaración de unión de hecho–), también se considera a la reducción o aumento de pensión de alimentos (cuando haya sido establecida por acta de conciliación), exoneración de alimentos (cuando el beneficiario sea mayor de edad), régimen de visitas, tenencia, gastos de embarazo, liquidación de sociedad de gananciales y liquidación de sociedad de bienes durante la unión de hecho (previo reconocimiento de la unión de hecho).

Se mantiene la posibilidad de conciliar pretensiones determinadas (planteadas en la solicitud de conciliación) y determinables (planteadas por cualquiera de las partes durante el desarrollo de la audiencia de conciliación), que versen sobre derechos disponibles de las partes, es decir, sobre aquellos derechos que pueden ser objeto de valorización económica, pero que siempre pueden ser objeto de libre disposición.

2. Derecho de familia[136]

A pesar de que se siguen mencionando en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley de Conciliación, debemos precisar que estos temas ya no son materias conciliables obligatorias, en mérito a haber sido declarados materias conciliables facultativas por lo señalado en la Ley Nº 29876.

Empero, resulta interesante la posición del legislador en lo que respecta al tema de las materias conciliables en familia. Así, el segundo párrafo modificado del artículo 7 de la Ley de Conciliación adoptó expresamente el principio del *numerus apertus* al señalar los temas de familia que son objeto de conciliación extrajudicial, al ser considerados como materias conciliables aspectos referentes a pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia y **otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición**, debiendo el conciliador aplicar el principio del interés superior del niño, lo que implica en principio la posibilidad de incorporar como materia conciliable a cualquier otro tema de familia distinto a los enumerados taxativamente (como ocurre con la liquidación de sociedad de gananciales, que se dejó de mencionar como materia conciliable expresa) y que podría quedar incluido en la obligatoriedad de ser sometido a conciliación, aunque en estos casos el Reglamento de la Ley es claro al mencionar que solo son conciliables los derechos de libre disposición. Vale la pena mencionar, además, que en estos casos lo que se concilia no es el reconocimiento de esos derechos –los cuales ya existen– sino por el contrario se conciliará acerca de la forma en que van a hacerse efectivos o ejecutados.

Como vemos, las materias conciliables en temas de familia siguen siendo la pensión de alimentos (que, al amparo del art. 46 del Código Civil que regula la capacidad adquirida, puede ser solicitada también por menores de edad que sean padres de menores de edad), régimen de visitas y tenencia,

(136) No se debe confundir con la conciliación que se realiza en Defensorías del Niño y el Adolescente, que si bien trata sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas, se constituye un sistema de conciliación administrativo que depende del Ministerio de la Mujer y que es distinto al regulado por la Ley de Conciliación.

siendo que se ha excluido a la liquidación de sociedad de gananciales como materia conciliable taxativamente señalada en la norma.

Pero tenemos excepciones a este sistema, ya que existe impedimento legal expreso de someter a conciliación temas como la violencia familiar (art. 7-A, inc. h) de la Ley) o los casos en que se trate de derechos y bienes de incapaces absolutos y relativos (art. 7-A, inc. c) de la Ley).

Otro tema a considerar es la posibilidad de conciliar si la pensión alimenticia ya se encuentra fijada en una sentencia judicial. Creemos, sobre la base del principio de **revisión de derechos**, que si las partes que se encuentran mencionadas en la sentencia lo desean pueden conciliar el establecimiento de nuevas condiciones para el cumplimiento de la pensión de alimentos en los casos de aumento, reducción y hasta exoneración de alimentos, para lo cual deberá mencionarse en el acta de conciliación que existe una sentencia previa y las partes de común acuerdo deciden modificarla. El tema discutible se presenta en los casos de prorrateo, cuando un tercero decide solicitar una pensión de alimentos, y el obligado ya se encuentra cumpliendo con el pago de una pensión de alimentos por mandato judicial a otro acreedor alimentario; en este caso particular, consideramos que no se debe exigir la conciliación, toda vez que habría que invitar a conciliar no solo al deudor alimentario, sino también al acreedor alimentario, lo que disminuye las posibilidades de éxito de la conciliación.

De igual manera, podríamos asumir la excepción de transitar por el procedimiento de conciliación en lo que respecta al tema de la separación convencional y divorcio ulterior en sede judicial, al ser necesario el pronunciamiento de la separación y posterior disolución de la unión matrimonial por parte del Poder Judicial. Pensamos, sin embargo, que nada obsta para llegar a un acuerdo mediante acta conciliatoria y presentarla al juez como propuesta, para homologación dentro de un procedimiento judicial, con la consiguiente intervención del Ministerio Público como parte del procedimiento establecido en el Código Civil. En este mismo sentido, nada impide a que los acuerdos sobre asuntos de alimentos, tenencia y régimen de visitas puedan integrarse a la propuesta de convenio que se presente con la demanda de separación convencional, debiendo anexarse una copia certificada del acta de conciliación a la demanda. Así, son las partes las que van a establecer su propuesta de convenio de separación, y siempre que esta no exceda el marco legal, el convenio será aprobado por el juzgado de familia, entonces se podría tratar temas derivados de la separación en un centro de conciliación.

También recordemos que la separación convencional puede tramitarse ante una municipalidad o ante una notaría al amparo de lo regulado en la

Ley N° 29227, Ley que regula el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior ante municipalidades y notarías, conocida comúnmente como **Ley de divorcio rápido**. En este caso la norma exige que, en caso de existir hijos menores de edad o mayores con discapacidad, se debe acreditar haber resuelto los temas referentes al ejercicio de la **patria potestad** en lo que respecta a pensión de alimentos, régimen de visitas y tenencia, mediante una sentencia firme y consentida o mediante un acta de conciliación regulada por la ley de la materia. Si tomamos en cuenta lo señalado por el artículo 4 de la Ley N° 29227, para solicitar la separación convencional, en el caso de que los cónyuges tengan hijos menores de edad o con incapacidad, deben presentar una sentencia judicial o un acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de aquellos. Aquí surge una discrepancia respecto de las materias conciliables, pero debemos hacer la precisión que según la Ley de Conciliación la **patria potestad** no resultaría una materia conciliable, pero sí los atributos que derivan de ella, específicamente en lo que respecta a alimentos, régimen de visitas y tenencia.

Asimismo, debemos señalar que la liquidación de sociedad de gananciales es un derecho de libre disposición que deriva de la relación familiar, por lo que debemos entender que sigue siendo una materia conciliable, pudiendo presentarse como propuesta de convenio ante el Poder Judicial, mas no tendría validez como requisito del trámite de divorcio rápido ante notarías y municipios regulado por la Ley N° 29227, el mismo que exige respecto del régimen patrimonial la presentación de una escritura pública debidamente inscrita. En este sentido, podría presentarse un proyecto de ley en el que se establezca una cuantía mínima para exigir el requisito de la escritura pública de cambio o liquidación de régimen patrimonial, a fin de que en algunos casos de poca cuantía se pueda acceder al divorcio rápido con un acta de conciliación que regule la liquidación de sociedad de gananciales y no resulte en un trámite adicional y oneroso para las partes.

Finalmente, resulta evidente que los temas referidos al reconocimiento de la filiación, o al reconocimiento de la condición de heredero no son materias conciliables.

3. Derecho Laboral

La ley en su artículo 7, tercer párrafo, cita expresamente como conciliables los asuntos laborales al establecer que la conciliación en materia laboral se lleva a cabo respetando el carácter irrenunciable de los derechos del

trabajador reconocidos por la Constitución(137) y la Ley. Así, la conciliación laboral supone el respeto de los derechos intangibles del trabajador, por lo que solo opera en el ámbito de disponibilidad que este disfruta.

Ahora bien, si la ley prevé que los temas laborales pueden conciliarse ante un centro de conciliación extrajudicial, debe considerarse que la tercera disposición final del Decreto Legislativo N° 1070 señala que la conciliación extrajudicial no resultará exigible a efectos de calificar la demanda laboral(138), con lo que tenemos que se suspende la obligatoriedad de su exigencia como requisito de procedibilidad de manera expresa por mandato legal. Esto supone que deberá resolverse de manera previa algunos temas pendientes que impiden su implementación como el perfil que debe exigirse en la formación y capacitación de los conciliadores en la especialidad laboral, puesto que la norma exige que los conciliadores a cargo de las conciliaciones laborales deben contar con esta especialidad. Lo que sí incorpora es una función adicional del abogado del centro de conciliación, quien deberá estar presente al momento del inicio de la audiencia en caso de que alguna de las partes concurra sin abogado, entendemos para verificar la legalidad de los acuerdos y el respeto a los derechos irrenunciables del trabajador.

Es preciso mencionar que el régimen de la conciliación laboral también se encuentra regulado fuera del marco de la Ley de Conciliación. Así, el artículo 103 de la vigente Ley Procesal del Trabajo N° 26636, la conciliación puede ser de dos clases: conciliación privada, que es voluntaria y puede realizarse ante una entidad –concepto que perfectamente subsume a un centro de conciliación– o ante un conciliador individual, debiendo para su validez, ser homologada por una sala laboral ante solicitud de cualquiera de las partes, caso en el cual adquiere autoridad de cosa juzgada. La conciliación administrativa es facultativa para el trabajador y obligatoria para el empleador y se encuentra a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, el cual proporciona los medios técnicos y profesionales para hacerla factible.

En este sentido, asumiendo que pueda llegarse a un acuerdo mediante la conciliación extrajudicial en materia laboral podríamos asumir que el Acta que lo contiene constituye título de ejecución, en virtud de lo señalado

(137) Constitución Política del Perú.
"Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios (...)
2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley (...)".

(138) Decreto Legislativo N° 1070.
"Disposiciones Finales.
Tercera.- La Conciliación establecida en el tercer y cuarto párrafo del artículo 7 de la Ley N° 26872 modificada por el presente Decreto Legislativo, no resulta exigible a efectos de calificar la demanda en materia laboral ".

por el artículo 18 de la ley[139] (aunque lo correcto es hablar de título ejecutivo, acorde a las modificatorias introducidas al Código Procesal Civil por el Decreto Legislativo N° 1069); pero por interpretación de la norma laboral se puede llegar a sostener –atendiendo al **principio de especialidad de la norma**– que existe contradicción entre esta y la de conciliación extrajudicial, y que cualquier acuerdo al que se llegue en una audiencia de conciliación convocada en virtud de la Ley N° 26872 deberá ser homologado a nivel judicial[140]. Por esta homologación el juez de la sala laboral confirma lo convenido entre las partes en la conciliación privada y le da fuerza obligatoria, obligando a los jueces a revisar los acuerdos antes de aprobarlos, en el sentido de que no se produzca renuncia de derechos.

En este sentido, recordemos que existe una nueva Ley Procesal del Trabajo, la Ley N° 29497, la misma que se viene implementando progresivamente según lo dispuesto por la Resolución Administrativa N° 232-2010-CE-PJ. Según esta nueva regulación, en los lugares donde ya ha entrado en vigencia la nueva ley procesal, ya no es necesaria la homologación del acta de conciliación privada, con lo que se mantiene el valor de título ejecutivo del acta de conciliación privada a nivel laboral.

Finalmente, y teniendo en consideración el carácter tutelar del Derecho Laboral así como esa característica de **irrenunciabilidad** de los derechos laborales, será obligatoria la conciliación únicamente para los casos de derechos disponibles, es decir aquellos que tengan contenido patrimonial o que sea de libre disposición de las partes. Al respecto dos comentarios son necesarios:

Si comprendemos el verdadero significado de la regulación, debemos entender que sí es posible conciliar los derechos irrenunciables en materia laboral, pero no se concilia acerca del reconocimiento de ese derecho, pues ya existe, sino que se va a conciliar acerca de la forma en que se va a materializar su cumplimiento, por ejemplo, nada impide que conciliemos acerca de un derecho irrenunciable como es la compensación por tiempo de servicios (CTS),

(139) Ley de Conciliación N° 26872
"Artículo 18.- El acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución (...)".

(140) Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo N° 25593
"Artículo 59.- La función conciliadora estará a cargo de un cuerpo técnico especializado y calificado del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, pudiendo las partes, sin embargo, si así lo acuerdan, encomendársela a personas privadas, caso en el cual deberán remitir a la Autoridad de Trabajo copia de las Actas que se levanten (...)".
Ley Procesal del Trabajo N° 26636
"Artículo 4.- Competencia por razón de la materia.- La competencia por razón de la materia se regula por la naturaleza de la pretensión y en especial por las siguientes normas:
1. Las Salas Laborales de la Corte Superior conocen de las pretensiones en materia de: (...)
g. La homologación de conciliaciones privadas (...)".

pero la conciliación no versará sobre la existencia o no de este derecho, sino en la forma en que se va a ejercitar su cumplimiento. Se podrían someter a conciliación asuntos de libre disposición del trabajador, como por ejemplo, mejoras en las condiciones de trabajo, horas de entrada y salida, y cualquier acto que pueda ser considerado como una liberalidad por parte del empleador.

4. Conciliación con el Estado

Se establece de manera amplia que la conciliación se puede dar en aquellos casos de controversias relativas a contrataciones estatales en que el Estado sea parte, ya sea como solicitante de la conciliación o como invitado a conciliar, remitiendo a la ley de la materia. Tenemos que existen controversias que se resuelven aplicando la anterior Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo Nº 1017 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, mientras que otras deben ser manejadas a la luz de lo prescrito por la vigente Ley Nº 30225 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 350-2015-EF.

En ambos cuerpos normativos se refieren en conjunto a la conciliación y arbitraje como formas de resolución de conflictos en etapa de ejecución contractual, no siendo la primera la vía previa de la segunda, sino uno de los mecanismos de solución de controversias que se pueden utilizar antes de acudir al arbitraje. Se dispone que se someterán a esta vía de solución de controversias (conciliación o arbitraje) las que surjan entre las partes sobre la ejecución, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato.

En nuestra opinión, las partes deberían agotar la conciliación antes de llegar al arbitraje, por cuanto significaría un menor costo para él en relación con los gastos que demandan la instalación y honorarios propios del arbitraje, pero la gran limitación de la conciliación es la falta de mandato de los representantes de las entidades públicas para poder llegar a acuerdos conciliatorios, situación que no sucede en el arbitraje, donde es el árbitro el que decide. Otro aspecto en contra de la conciliación con el Estado lo tenemos en el temor a conciliar que está latente en buena cantidad de servidores públicos, debido a que pueden ser objeto de denuncia por parte de órgano de control interno al pensar que existiría colusión con la contraparte.

De conformidad con el artículo 47 de la Constitución política de 1993, los procuradores son los encargados de asumir la defensa de los intereses del Estado[(141)], actuando como una especie de abogados del Estado, nombrados

(141) Constitución Política del Perú de 1993:
"Artículo 47.- La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley (...)".

para tal efecto por los organismos públicos con las formalidades del caso, como es, mediante la expedición de resolución ministerial. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el procurador, en su calidad de funcionario público que representa los intereses del Estado, al momento de realizarse una conciliación deberá poseer facultades expresas para conciliar, las que deberán constar expresamente en la norma que regula el funcionamiento de la entidad estatal que representa.

El Estado es representado y defendido por el procurador público. Con la aprobación del Decreto Legislativo N° 1068 (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008) se creó el Sistema de Defensa Jurídica del Estado. Hay procuradores públicos de los poderes del Estado, de los organismos autónomos, especializados, de los gobiernos regionales, municipales. En el artículo 22.1 del Decreto Legislativo N° 1068 se señala que el procurador público representa y defiende jurídicamente al Estado en los temas que conciernen a la entidad (materia procesal, arbitral y de carácter sustantivo) siendo sus facultades demandar denunciar, participar de cualquier diligencia por el solo acto de su designación, facultades generales y especiales contenidas en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil. La excepción es la de allanarse. Pueden transigir, conciliar y desistirse previa autorización por resolución administrativa. El procurador público debe ser abogado con experiencia no menor a cinco años.

Un dato interesante respecto a la posibilidad de conciliar con el Estado lo tenemos en Argentina, país en el cual por la Ley de Consolidación de Deuda, dictada en el año 1991, se estableció la prohibición de que el Estado participe en mediaciones en la medida que la mediación –como la conciliación– implica la eventual renuncia de derechos por parte del representante del Estado, y que fue consagrado en el artículo 2 inciso 4 de la Ley N° 24.573 de Mediación, que prohíbe el procedimiento de mediación obligatoria en las causas en que el Estado nacional o sus entidades descentralizadas sean parte.

IV. MATERIAS CONCILIABLES FACULTATIVAS

El artículo 9 de la Ley establece los casos de inexigibilidad de la conciliación extrajudicial según el siguiente tenor:

> "Artículo 9.- Inexigibilidad de la Conciliación Extrajudicial.- Para efectos de la calificación de la demanda judicial, no es exigible la conciliación extrajudicial en los siguientes casos:

a) En los procesos de ejecución.

b) En los procesos de tercería.

c) En los procesos de prescripción adquisitiva de dominio.

d) En el retracto.

e) Cuando se trate de convocatoria a asamblea general de socios o asociados.

f) En los procesos de impugnación judicial de acuerdos de Junta General de Accionista señalados en el artículo 139 de la Ley General de Sociedades, así como en los procesos de acción de nulidad previstos en el artículo 150 de la misma ley.

g) En los procesos de indemnización derivado de la comisión de delitos y faltas y los provenientes de daños en materia ambiental.

h) En los procesos contencioso administrativos.

i) En los procesos judiciales referidos a pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, así como otros que se deriven de la relación familiar y respecto de los cuales las partes tengan libre disposición.

j) En los procesos de indemnización interpuestos por la Contraloría General de la República según la atribución conferida por el artículo 22, acápite d) de la Ley Nº 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, cuando, como consecuencia del ejercicio del control gubernamental, se determine que funcionarios, servidores públicos o terceros ocasionaron daños y perjuicios al Estado".

En estos casos, la conciliación es facultativa.

1. Procesos de ejecución

Resulta un gran avance considerar algunos temas como materias conciliables facultativas, puesto que ahora se admite la posibilidad de conciliar títulos ejecutivos (situación que ya aceptaba la Ley de Mediación en Argentina), lo que puede significar para las partes un procedimiento más cercano y flexible que el consabido proceso de ejecución.

Los procesos de ejecución se caracterizan porque ordenan ejecuciones hechas en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial y extrajudicial

conforme lo establece el artículo 688 del Código Procesal Civil[142]. Esta clasificación así como la unificación de criterios que dieron origen al Proceso Único de Ejecución se incorporaron al Código Procesal Civil mediante el Decreto Legislativo N° 1069. En estos casos, no habrá exigencia de interponer la conciliación de manera previa, quedando expedito el derecho para solicitar el cumplimiento de manera directa ante el Poder Judicial en vía de ejecución.

Resultaba discutible el hecho de prohibir la conciliación en los casos en que estuvieren de por medio instrumentos, tales como cheques o letras de cambio, ya que en algunos casos el proceso judicial respectivo en el cual se solicita su ejecución no da posibilidad de acordar una posible forma de pago, sino que el mandato ejecutivo ordena el pago del íntegro de la obligación, siendo que a veces esto es imposible de realizarse, teniendo un buen proceso pero un mal resultado con una obligación, en la práctica, inejecutable. Sobre este particular resulta interesante la posición del legislador argentino el cual en el artículo 3 de la Ley N° 24.573, de Mediación, y que se aplica a la Provincia de Buenos Aires, señala que el procedimiento de mediación será facultativo para el reclamante en el caso de los procesos de ejecución, obteniéndose buenos resultados en relación a la ejecución de cheques. No nos olvidemos que el conflicto se crea por una "percibida" divergencia de intereses, y a veces los malos entendidos se pueden aclarar en una mesa de conciliación, evitando así un largo juicio (por más ejecutivo que este fuera).

2. En los procesos de tercería

La tercería es un proceso por el cual un tercero, ajeno al proceso, interviene en él reclamando el reconocimiento del derecho de propiedad que le

(142) Código Procesal Civil.
"Artículo 688.- Títulos ejecutivos.
Solo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:
1. Las resoluciones judiciales firmes;
2. Los laudos arbitrales firmes;
3. Las Actas de Conciliación de acuerdo a ley;
4. Los Títulos Valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria del protesto respectiva; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la ley de la materia;
5. La constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria, conforme a lo previsto en la ley de la materia;
6. La prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido;
7. La copia certificada de la Prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta;
8. El documento privado que contenga transacción extrajudicial;
9. El documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual;
10. El testimonio de escritura pública;
11. Otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo".

corresponde respecto de algún bien materia del juicio que esté afectado por una medida cautelar o que esté para ejecución, a fin de que dicho bien sea desafectado. También procede la tercería, a favor del referido tercero, a fin de reclamar el derecho de preferencia que le corresponde para que sea pagado con el precio de tales bienes. Por definición contenida en el artículo 533 del Código Procesal Civil, la tercería se entiende con el demandante y el demandado, y solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes. Es fácil advertir que en estos casos existirá peligro en la demora por lo que se ha preferido también no exigir la conciliación de manera previa a la solicitud que busca la suspensión de la ejecución del remate del bien o del pago al acreedor. Adicionalmente, estamos ante un proceso que no es autónomo, sino que se interpone dentro de un proceso en trámite en el cual ya se ha cumplido –cuando el caso lo amerite– con la formalidad de la conciliación extrajudicial, y debe ser dirigido ante ambas partes del proceso, esto es, ante el demandante y el demandado, pudiéndose hacer en cualquier momento o etapa del proceso, antes de que se inicie el remate del bien, y para el caso de la tercería de derecho preferente, se interpone antes de que se realice el pago al acreedor.

3. En los procesos de prescripción adquisitiva de dominio

Recordemos que, de conformidad con doctrina uniforme, ratificada por el artículo 950 del Código Civil, la posesión que se consuma con la usucapión debe contar forzosamente con la confluencia de los siguientes requisitos: posesión continua, pacífica y pública, con *animus domini*, es decir, como propietario, por el plazo mínimo exigido por ley.

Lo que sí resultaría cuestionable es considerar a la prescripción adquisitiva de dominio como materia conciliable –aunque sea de manera facultativa– toda vez que será el órgano jurisdiccional el único encargado de declarar si el demandante ha adquirido la propiedad por el transcurso del tiempo, no siendo esta una facultad de las partes. Además, el hecho de que el poseedor no propietario invite a conciliar al propietario registral de manera previa a la interposición de la demanda de prescripción significaría, en la práctica, ponerlo sobre aviso para que este interponga la respectiva demanda de reivindicación, con lo que no importaría que haya transcurrido el plazo de prescripción[143].

(143) En lo que concierne al carácter estrictamente declarativo de la sentencia de prescripción adquisitiva, debemos recordar que según la Casación N°1166-2006-Lima (publicada en el diario oficial el 1 de febrero de 2007), la sentencia que declara propietario al poseedor no es declarativa sino constitutiva de derechos,

4. En el retracto

Por definición contenida en el artículo 1592 del Código Civil, el derecho de retracto es el que la ley le otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. Así, se le reconoce el derecho de retracto al arrendatario, al copropietario, al litigante en caso de venta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente, el propietario en la venta del usufructo y otros regulados en el artículo 1599 del Código Civil. Lo que menciona la norma es que en estos casos se puede acudir a una conciliación previa de manera facultativa o se puede demandar directamente.

5. Cuando se trate de convocatoria a asamblea general de socios o asociados

Resulta un derecho fundamental de todo socio o asociado el solicitar se convoque a una asamblea general. En estos casos, cuando existe renuencia del máximo órgano de la persona jurídica en convocarla, cualquiera de los asociados puede solicitarla ante el órgano jurisdiccional, siendo que puede convocarse vía conciliación extrajudicial. En estos casos, al haber pluralidad de solicitantes y/o invitados, se debe verificar la concurrencia de la totalidad de las partes para poder iniciar la audiencia de conciliación.

6. En los procesos de impugnación judicial de acuerdos de junta general de accionistas, así como en los procesos de acción de nulidad regulados por la Ley General de Sociedades

Se cuestiona la inclusión de la impugnación judicial de acuerdos o las acciones de nulidad en asuntos regulados por la Ley General de Sociedades toda vez que son acciones que se tramitan exclusivamente ante el órgano jurisdiccional para que sean resueltas no por acuerdo de las partes, sino por decisión del magistrado, no resultando ser derechos de libre disposición de las partes. Además, según el artículo 8 del Reglamento, se le considera como materias no conciliables.

---

pues es a partir de la sentencia firme que se genera una nueva situación jurídica respecto de la propiedad del bien y su titular; más aun si en tanto no exista sentencia firme que declare la prescripción adquisitiva, la acción reivindicatoria, entre otras, se encuentra expedita a favor del propietario, conforme lo establece el artículo novecientos veintisiete del Código Civil; en consecuencia, cuando las instancias de mérito establecen que la demandada no puede atribuirse la calidad de propietaria del bien sublitis por el solo hecho de haber ejercido la posesión por más de diez años, mientras no exista sentencia firme que así lo declare, interpretan correctamente la norma material denunciada.

7. En los procesos de indemnización derivado de la comisión de delitos y faltas y los provenientes de daños en materia ambiental

Debe quedar claro que no se concilian los delitos ni las faltas, por aplicación del principio de persecución pública del delito a cargo del Ministerio Público, pero una vez declarada la responsabilidad penal del imputado, la parte agraviada puede solicitar en la vía civil el pago de una indemnización, para lo cual el requisito de la conciliación como requisito de procedibilidad queda sin efecto, quedando en facultad del demandante su inicio de manera previa a la interposición de la demanda.

Recordemos que el artículo 98 del Código Procesal Penal de 2004 prevé la constitución del *actor civil* y sus derechos, al señalar que **la acción reparatoria en el proceso penal solo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito.** La constitución del agraviado como actor civil se debe hacer hasta antes que termine la investigación preparatoria y le permite participar dentro del proceso penal en los actos de investigación y prueba, puede deducir la nulidad de lo actuado, promover medios de pruebas, participar en las diligencias de investigación e intervenir en la audiencia de juicio oral, a la vez que sustituye al Ministerio Público en la pretensión resarcitoria del daño sufrido. En este sentido, el artículo 106 del Código Procesal Penal señala expresamente que **la constitución en actor civil impide que se presente demanda indemnizatoria en la vía extra penal**, precisando que el actor civil que se desiste como tal antes de la acusación fiscal no está impedido de ejercer la acción indemnizatoria en la otra vía.

Por su parte, la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, publicada el 15 de octubre de 2005, contempla en su artículo 151 el deber del Estado en fomentar y emplear el arbitraje, la conciliación, mediación, concertación, mesas de concertación, facilitación, entre otras como medios de resolución y gestión de conflictos ambientales. En estos temas consideramos de aplicación el artículo 82 del Código Procesal Civil referente al patrocinio de intereses difusos, puesto que su titularidad corresponde a un número indeterminado de personas.

8. En los procesos contencioso-administrativos

Este proceso se encuentra regulado por Ley N° 27584. En virtud del proceso contencioso-administrativo, los afectados por una actuación administrativa violatoria de sus derechos e intereses están constitucionalmente facultados para demandar ante el Poder Judicial la satisfacción jurídica de sus pretensiones contra la Administración Pública, garantizándose una de las

conquistas básicas del Estado de derecho, cual es la subordinación de toda la actividad administrativa a la legalidad. La doctrina de Derecho Administrativo caracteriza al proceso contencioso-administrativo como una de las diferentes técnicas o instrumentos de control de la Administración Pública, constituyendo un mecanismo de control externo de la actuación administrativa por órganos jurisdiccionales, mientras que los recursos administrativos que pueden interponer los particulares para impugnar un acto administrativo constituyen medios de control interno, también denominados de autocontrol de la Administración. La contradicción la encontramos en lo señalado por el artículo 8 del Reglamento, que la considera materia no conciliable.

9. En los temas derivados del Derecho de Familia

Ya hemos desarrollado este tema líneas arriba, al analizar el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley de Conciliación. Solo reiteramos que se puede conciliar los temas relacionados al establecimiento de una pensión de alimentos (tanto para mayores como menores de edad), régimen de visitas, tenencia y otros derechos derivados de la relación familiar y que sean objeto de libre disposición.

10. En los procesos de indemnización interpuestos por la Contraloría General de la República

Por modificación incorporada a través de la Ley Nº 30514, el pedido indemnizatorio que en sede judicial formule únicamente la Contraloría General de la República, como consecuencia del ejercicio del control gubernamental en donde determine obligación de indemnizar al Estado de funcionarios, servidores públicos o terceros que ocasionaron perjuicios al mismo, se encuentra eximido de cumplir obligatoriamente con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, al haberse convertido en una materia conciliable facultativa. En otras palabras, no se prohíbe la posibilidad de conciliar el resarcimiento económico en vía de indemnización, sino que deja de ser considerado un requisito de procedibilidad obligatorio y, al transformarse en una materia conciliable facultativa.

Este es un régimen excepcional que no resulta de aplicación a otras entidades distintas a la Contraloría General de la República –como ente rector del Sistema Nacional de Control–. Así, si el pedido indemnizatorio formulado por el Estado es formulado por una entidad estatal ajena al Sistema Nacional de Control entonces dicho pedido –en tanto se trata de un derecho de libre disposición– se encontrará sujeto a la exigencia del cumplimiento de la

conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en las provincias o distritos conciliatorios en donde ya se ha implementado.

11. Conciliación previa al arbitraje

Una omisión a subsanar en el marco legal es indicar la posibilidad de iniciar un procedimiento conciliatorio antes del inicio de un procedimiento de arbitraje, cosa que sí señalaba la anterior regulación, siendo partidarios de su incorporación en el texto legal como materia facultativa, toda vez que según el artículo 50 del Decreto Legislativo N° 1071, que regula el arbitraje, al interior del procedimiento arbitral se habla solo de la posibilidad de realizar una transacción, cuya naturaleza jurídica reposa en la obligatoriedad de realizar concesiones recíprocas, mientras que en la conciliación se habla de concesiones unilaterales o bilaterales. Al respecto, recordemos que en otros países se aplica la conocida cláusula *Med-Arb*, por medio de la cual se puede iniciar de manera facultativa un procedimiento de mediación antes de iniciar el arbitraje, con la finalidad de explorar la posibilidad de concluir de manera negociada y rápida la controversia, y si esto no era posible entonces se procedía a iniciar el procedimiento arbitral[144].

V. MATERIAS CONCILIABLES IMPROCEDENTES

Por su parte se ha incorporado el artículo 7-A a la Ley, que señala casos de improcedencia de la conciliación, según el siguiente tenor:

> "Artículo 7-A.- Supuestos y materias no conciliables de la conciliación
>
> No procede la conciliación en los siguientes casos:
>
> a) Cuando se desconoce el domicilio de la parte invitada.
>
> b) Cuando la parte invitada domicilia en el extranjero, salvo que el apoderado cuente con poder expreso para ser invitado a un centro de conciliación.
>
> c) Cuando se trate de derechos y bienes de incapaces a que se refieren los artículos 43 y 44 del Código Civil.
>
> d) En los procesos cautelares.

(144) Cfr. PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "Sugerencias para la adecuación e implementación del sistema med/arb en la legislación arbitral". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 99. Lima, mayo, 2009, pp. 281-288.

e) En los procesos de garantías constitucionales.

f) En los procesos de nulidad, ineficacia y anulabilidad de acto jurídico, este último en los supuestos establecidos en los incisos 1,3 y 4 del artículo 221 del Código Civil.

g) En la petición de herencia, cuando en la demanda se incluye la solicitud de declaración de heredero.

h) En los casos de violencia familiar.

i) En los casos de desalojo previstos en el Decreto Legislativo Nº 1177 –Decreto Legislativo que establece el régimen de promoción del arrendamiento para vivienda y en la Ley Nº 28364– Ley que regula el contrato de capitalización inmobiliaria y sus modificatorias.

j) En las demás pretensiones que no sean de libre disposición por las partes conciliantes".

Este tema es regulado de una manera muy deficiente en el texto del artículo 8 del Reglamento, que señala que son materias no conciliables: la nulidad del acto jurídico (omitiendo mencionar a la ineficacia y a la anulabilidad), la declaración judicial de heredero, la violencia familiar, las materias que se ventilan ante el proceso contencioso administrativo (considerada facultativa según el artículo 9 de la Ley), los procesos de impugnación judicial de acuerdos a que se refiere el artículo 139 de la Ley General de Sociedades y las pretensiones de nulidad a que se refiere el artículo 150 de la misma norma por ser materias indisponibles (que también son consideradas materias conciliables facultativas según el precitado art. 9 de la Ley) y todas aquellas pretensiones que no sean de libre disposición por las partes conciliantes; y decimos deficiente, puesto que el texto del reglamento contiene menos materias que las señaladas de manera más extensa en el texto de la Ley y su redacción integral presta a confusión.

1. Cuando se desconoce el domicilio de la parte invitada

En estos casos, estimamos que resulta acertada la opción del legislador por no exigir la conciliación en aquellos casos en los que se desconoce el domicilio de la parte invitada, puesto que allí podemos afirmar que no se va a producir el procedimiento conciliatorio. En estos casos, el demandante tendrá que indicar que no adjunta el acta de conciliación como requisito de procedibilidad al desconocer el domicilio del demandado, debiendo solicitar

la designación de un curador procesal, de conformidad a lo prescrito en el artículo 61 del Código adjetivo.

2. Si la parte emplazada domicilia en el extranjero

El criterio predominante para decidir su exclusión como materia conciliable podría estribar en la exigencia de la concurrencia personal de las partes al procedimiento de conciliación, supuesto de difícil cumplimiento en los casos en que el invitado a conciliar domicilia en el extranjero, por lo que la conciliación podría asumirse como un requisito innecesario, ya que en la demanda posterior que se interponga habría que diligenciar la notificación mediante exhortos, supuesto que no ha previsto la ley de conciliación. La única excepción a esta prohibición es cuando el invitado que domicilia en el extranjero cuenta con un apoderado que cuente con poder expreso para ser invitado a un centro de conciliación, aunque en realidad el poder debe cumplir con los demás requisitos previstos en el artículo 14 de la ley(145). Distinto será el caso en que la parte invitada domicilie en el país, supuesto en el cual se deberá tener en cuenta el distrito conciliatorio en el cual domicilia a efectos de proceder a solicitar el inicio del respectivo procedimiento conciliatorio.

3. Cuando se trate de derechos y bienes de incapaces

Para el caso en que se trate de derechos y bienes de incapaces absolutos y relativos a los que se refieren los artículos 43 y 44 del Código Civil(146), personas que se hallan en estado de incapacidad, cuyo patrimonio es administrado por terceros, es decir por los padres, los tutores o los curadores, a quienes también corresponde su representación en juicio y que están sometidas a precisas regulaciones de control judicial, cuando se trata de disposición de los bienes de sus

(145) Cfr. PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "Ya tengo el poder, pero en la conciliación no voy a poder". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 102, Lima, agosto, 2009, pp. 271-278.

(146) Código Civil peruano:
"Artículo 43.- Son absolutamente incapaces:
1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable".
"Artículo 44.- Son relativamente incapaces:
1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil".

representados, tampoco procede la conciliación extrajudicial, en la medida que la participación del Poder Judicial es importante para autorizar cualquier tipo de disposición de estas personas como una garantía para su correcta administración y una acción del Estado destinada a evitar el perjuicio que podría ocasionarles la falta de control en las decisiones relativas a sus derechos o bienes, motivo por el que no es conveniente obligar a la conciliación extrajudicial para definir, sin la vigilancia del órgano jurisdiccional, la suerte de su patrimonio; además, no se puede obligar a los representantes de incapaces, procurar una conciliación previa al juicio, cuando por el contrario, lo que el Estado procura es que intervenga el aparato judicial con el fin de evitar perjuicio a quien no puede conducirse en sus actos civiles por sí mismo por lo que resultaría contraproducente en ese sentido, obligar al representante de un incapaz que recurra a la conciliación previa al juicio, cuando la ley le ordena también que previa y obligatoriamente demande la autorización del juez para la ejecución lícita y legítima de un acto relativo a los bienes de la persona que representa, lo cual originaría un círculo vicioso innecesario, razón por la cual, de manera acertada el legislador optó por excluir de la exigencia de la conciliación previa estos casos.

La única situación de cese de la incapacidad la tenemos en el artículo 46 del Código Civil que regula los casos de capacidad adquirida. Este artículo precisa que cesa la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice a ejercer una profesión u oficio. Asimismo, cesa la incapacidad del mayor de catorce años a partir del nacimiento del hijo solo para realizar los actos de reconocimiento del hijo, demandar por gastos de embarazo y parto, demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos y demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos. Si concordamos esto con lo dispuesto en el artículo 12 inciso 3 del Reglamento[147], tenemos que las materias conciliables para los menores de edad que sean padres de hijos menores de edad serían alimentos, régimen de visita y tenencia.

4. Procesos cautelares

En lo que se refiere a los procesos cautelares, se entiende por proceso cautelar aquel que se inicia a fin de proteger un derecho (puede ser un embargo),

(147) Decreto Supremo N° 014-2008-JUS. Reglamento de la Ley de Conciliación:
"Artículo 12.- Requisitos de la Solicitud de Conciliación. La Solicitud de Conciliación deberá presentarse por escrito y contendrá: (...)
3. El nombre y domicilio del apoderado o representante del solicitante o solicitantes, de ser el caso. En los casos de padres menores de edad que sean representantes de sus hijos en materias de alimentos y régimen de visitas, podrán identificarse con la partida de nacimiento o su Documento Nacional de Identidad.
(...)".

evitando que el deudor disponga de su patrimonio con la finalidad de evitar el pago. En este caso se sigue un proceso autónomo y expeditivo por el cual es interpuesta la medida cautelar antes de la presentación de la demanda principal. Se llega a afirmar que este tipo de procedimientos se caracterizan por su celeridad, por lo que la conciliación podría asumirse como un procedimiento que significaría peligro en la demora al poner sobre aviso al deudor e intentar este disponer de su patrimonio teniendo utilizando el procedimiento de conciliación como una forma de ganar tiempo.

En definitiva, no se dificulta la interposición de la demanda solicitando la medida cautelar, pero por regulación expresa del artículo 11 del Reglamento(148), una vez otorgada la medida cautelar iniciada antes del proceso principal, el solicitante de la medida tendrá un plazo de 5 días calendario para solicitar la conciliación, empezándose a contar este plazo desde el momento en que se ejecute la medida cautelar. Asimismo, si se diera el caso de una conciliación total, el solicitante de aquella deberá solicitar de inmediato que se deje sin efecto la medida cautelar. Por el contrario, si no hubiera acuerdo, o este es parcial, el plazo de diez días previsto para interponer la demanda, señalado en el artículo 636 del Código Procesal Civil(149), empezará a correr desde la fecha en que se suscribe el acta de conciliación.

5. Procesos de garantías constitucionales

En general, las acciones de garantía proceden en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales reconocidos para cualquier persona, con la finalidad de reponer las cosas al estado anterior a esta violación o

(148) Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo N° 014-2008-JUS:
"Artículo 11.- De la Conciliación en los Procesos Cautelares.
Cuando el intento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la calificación judicial de procedencia de la demanda, este deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles a la ejecución de la medida cautelar.
En caso de concurrencia de medidas cautelares, el plazo se computará a partir de la ejecución de la última medida, salvo pronunciamiento del juez, como lo señala el artículo 637 del Código Procesal Civil.
Si no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho, de conformidad con el artículo 636 del Código Procesal Civil.
El plazo para interponer la demanda se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, conforme al artículo 15 de la Ley".

(149) Código Procesal Civil de 1993 (modificado por el Decreto Legislativo N° 1070:
"Artículo 636.- Medida cautelar fuera de proceso.
Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de esta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.
Si no se interpone la demanda oportunamente, o esta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación".

amenaza, pero queda claro que no procederán las acciones de garantía cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria. Para el caso específico de las acciones de amparo, podrá ser interpuesta por el afectado, su representante o el representante de la entidad afectada, siempre y cuando se hayan agotado las vías previas. Estos procesos se caracterizan por su celeridad, y la conciliación podría dilatar innecesariamente el tiempo necesario para cumplir con su finalidad.

Las garantías constitucionales se encuentran reguladas en el artículo 200 de la actual Constitución de 1993 y desarrolladas en el Código Procesal Constitucional aprobado por Ley Nº 28237, que señala que procede la acción de hábeas corpus ante la violación de la libertad individual o los derechos individuales conexos; la acción de amparo, protege los demás derechos reconocidos por la Constitución que no sean la libertad; la acción de hábeas data, que tiene por finalidad dar a las personas el derecho de recurrir a los tribunales para que se obligue a actuar de acuerdo a derecho a toda autoridad o funcionario que vulnera los derechos de recibir información de cualquier entidad pública, el de que los servicios de cualquier clase no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar y que no se afecte los derechos al honor y la buena reputación y los derechos a la voz y la imagen propias; la acción de inconstitucionalidad, que se interpone contra las normas con rango de ley, recurriendo ante el Tribunal Constitucional; la acción popular, para que los tribunales ordinarios declaren la inconstitucionalidad de las normas de rango inferior a la ley; y la acción de cumplimiento, que da derecho a las personas de recurrir ante el Poder Judicial para que, rápidamente, ordene a cualquier autoridad o funcionario público renuente a acatar una norma legal o acto administrativo, que lo haga y sometido además a las responsabilidades de ley.

6. En los procesos de nulidad, ineficacia y anulabilidad de acto jurídico

Las categorías jurídicas de la nulidad y la ineficacia se asemejan, en tanto el acto jurídico afectado por ellas no surte efectos en la realidad, puesto que se le considera como un acto que nació muerto. Queda claro que la nulidad y la ineficacia de un acto jurídico solo pueden ser declaradas por el juez, ya que las partes no pueden hacerlo al ser derechos indisponibles. Un caso contrario es el concepto de la anulabilidad, que habla de un acto jurídico herido de muerte al faltarle algún requisito, pero que puede ser objeto de subsanación por parte de los partícipes en la construcción del acto. En este sentido, se señala que no procedería la conciliación en los supuestos establecidos en el artículo 221 del Código Civil, incisos 1 (incapacidad relativa del agente),3 (por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero) y

4 (cuando la ley lo declara anulable); pero omite mencionar el inciso 2 del mismo artículo referido al acto jurídico anulable por vicio resultante por error, dolo, violencia o intimidación, debiendo entenderse que en este supuesto sí se podría conciliar la convalidación del acto jurídico anulable.

7. En la petición de herencia, cuando en la demanda se incluye la solicitud de declaración de heredero

Petición de herencia significa pedir derecho a suceder, con independencia de los bienes mismos o de quién los posea, y la condición de heredero es esencial y se constituye en un paso previo para actuar sobre la herencia. En este sentido, conforme a lo señalado en el artículo 664 del Código Civil, el derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien los posea en todo o parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él. Es decir, estamos frente a la pretensión de quien considerándose llamado a la herencia reclama su posición hereditaria y como correlato de ello, si los hubiera, sobre el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones que componen la herencia y que otro los tiene invocando asimismo título sucesorio. Hasta aquí, podríamos considerar que el requisito para iniciar el proceso de petición de herencia es el de haber sido declarado previamente heredero del causante, y lo que estaría en discusión es la distribución de los bienes que conforman la masa hereditaria; así, este tema se asemeja más a una división y partición de bienes que perfectamente resulta una materia conciliable, ya que como afirma Lohmann, cuando el derecho sucesorio no está en discusión, la pretensión ya no es estrictamente petición de herencia –o sea, al todo integral o a una cuota de la misma–, sino petición de elementos singulares y específicos que componen la herencia.

La prohibición de iniciar la conciliación previa a la demanda de petición de herencia la tenemos de una lectura del segundo párrafo del mismo artículo 664 del Código Civil, ya que en él se establece que a la pretensión de petición de herencia puede acumularse la de declarar heredero al peticionante si, habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos, considera que con ella se han preterido sus derechos. En otras palabras, se persigue obtener un título de heredero que no se tiene, para lo cual previamente es preciso retirar en todo o parte el título de otro. Así, el demandante carece de la condición de heredero y se le faculta de accionar acumulativamente a la petición de herencia a que el juez también lo declare heredero dentro del mismo proceso, resultando un acto que no puede darse por voluntad de las partes y en consecuencia no resultaría materia conciliable.

8. Violencia familiar

La violencia familiar, según el artículo 2 de la Ley Nº 26260, Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, es definida como cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzca entre cónyuges, convivientes y, en general, entre quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.

La Ley Nº 29990 ha establecido la prohibición de emplear la conciliación como forma de resolución de conflictos en los que se advierta casos de violencia familiar. Esta prohibición se aplica mediante modificaciones a lo regulado por el Código de los Niños y Adolescentes, la Ley de Conciliación y el Código Penal, con lo que este nuevo marco normativo prohíbe conciliar casos de violencia familiar a cualquier nivel.

La modificación incorporada por la Ley Nº 29990 a las reglas del **Proceso Único** reguladas en el nuevo Código de los Niños y Adolescentes –aprobado por Ley Nº 27337– precisa en el artículo 170 un deber al juez, el que al convocar a la realización de la audiencia, ahora se encuentra prohibido de convocar a una audiencia de conciliación en los casos de violencia familiar.

Así mismo, la Ley Nº 29990 modifica el artículo 7 de la Ley Nº 27939, Ley que establece el procedimiento en casos de faltas y que modificara a su vez los artículos 440, 441 y 444 del Código Penal. En estos casos, a pesar de que de manera genérica se permite que en cualquier estado de la causa, hasta antes de dictada la resolución de segunda instancia, el agraviado puede desistirse o transigir, con la finalidad de dar por fenecido el proceso, se precisa la prohibición de que no procede la transacción ni el desistimiento en los procesos de faltas contra la persona derivados de violencia familiar. Ahora bien, si entendemos la *ratio legis* de la norma, la misma que está dirigida a eliminar la posibilidad de emplear la conciliación, entonces dicha prohibición se extiende también a la conciliación que no podrá ser empleada como forma especial de conclusión del proceso en los casos de violencia familiar.

La violencia familiar dejó de ser materia conciliable a partir del 13 de enero de 2001, según la prohibición contenida en el inciso g) del artículo 2 de la Ley Nº 27398 –que modificó la redacción original del artículo 6 de la Ley de Conciliación–, a la que debemos añadir una lectura de su artículo 3 que deroga expresamente los artículos 10 y 23 del Reglamento de la Ley de Conciliación. Debemos mencionar además que su exclusión como materia conciliable no afecta para nada el marco legal establecido por la Ley Nº 26260, **Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar**, adoptada en diciembre

de 1993, modificada posteriormente por la Ley N° 26763 de marzo de 1997, y cuyo Texto Único Ordenado fue adoptado mediante el Decreto Supremo N° 006-97-JUS, que entró en vigor el 28 de junio de 1997, donde intervienen tanto el fiscal provincial de familia (con la posibilidad de realizarse una audiencia de conciliación) como el juez especializado en materia de familia o en materia penal.

La justificación de su exclusión definitiva como materia conciliable debemos enfocarla en un doble aspecto: el primero referido a la participación del conciliador en los casos que implicaban violencia familiar; el segundo, dado por la real eficacia o no del marco legal proporcionado por el Estado peruano en lo que respecta a la eficacia de la aplicación de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar.

En el primer caso, podemos apreciar una grave distorsión de la función del conciliador, ya que los mencionados artículos 10 y 23 del primer Reglamento[150] establecían un procedimiento especial a seguirse en estos casos por el cual solo era posible conciliar sobre los motivos o factores que generaban la violencia familiar, no siendo posible conciliar respecto de la intensidad de la misma. Agregaba además que debía tenerse en cuenta que, en estos casos, el fin de la conciliación era el cese definitivo de los actos de violencia, por lo que devenía en nulo cualquier acuerdo que implique la renuncia de derechos o legitimen los actos de violencia. Por otro lado, se afectaba la imagen de imparcialidad que debe tener todo conciliador, al señalar una serie de funciones a cumplir, señaladas en el artículo 23 del Reglamento, como que el conciliador evaluaba la conveniencia de la realización de la Audiencia de

(150) Reglamento de la Ley de Conciliación, Decreto Supremo N° 001-98-JUS (derogado):
"Artículo 10.- Cuando la Ley señala en su artículo 9 que son conciliables las pretensiones que versen sobre violencia familiar, debe entenderse que es posible solo conciliar sobre los motivos o factores que generen la violencia, no siendo posible conciliar respecto de la intensidad de la misma.
Debe tenerse en cuenta que, en estos casos, el fin de la conciliación es el cese definitivo de los actos de violencia, por lo que es nulo cualquier acuerdo que implique la renuncia de derechos o legitimen los actos de violencia".
(...)
"Artículo 23.- En la conciliación sobre asuntos de violencia familiar, el conciliador debe observar las siguientes pautas:
1. Entrevistarse antes de la Audiencia de Conciliación con la víctima y el agresor, por separado, para evaluar la situación de ambos y determinar así la conveniencia de la realización o no de la Audiencia.
2. Informar a la víctima sobre sus derechos, los fines y alcances de la Conciliación, así como otras alternativas de solución al conflicto.
3. Velar antes, durante y finalizada la Audiencia, por la seguridad de la víctima, minimizando los riesgos que pudieran producirse a raíz de su intervención.
4. Promover, cuando sea necesario, que se dicten las medidas de protección o cautelares que salvaguarden la seguridad de la víctima.
5. Cuidar que la víctima participe libremente en la Audiencia de Conciliación, sin coacción de ninguna clase. En caso contrario, el conciliador deberá suspender el procedimiento hasta que existan las condiciones que garanticen la libre decisión de la víctima".

Conciliación, debiendo asesorar a la víctima acerca de sus derechos y de otras opciones de solución, debiendo velar por su seguridad y disponiendo que se dicten las medidas necesarias para su protección, funciones todas que más parecieran las de un **protector** de una de las partes que las de un conciliador que se dice es imparcial y neutral.

Es fácil advertir, además, que ambos artículos del reglamento poseían una redacción deficiente al calificar a las partes como "víctima" y "agresor", lo cual denotaba ya un acto de calificación de las personas por parte del conciliador el cual no estaría libre de caer en subjetividades, lo cual a su vez, podría interferir en su neutralidad e imparcialidad, sobre todo al momento de velar por la seguridad de una de las partes –en este caso, de la denominada víctima–.

En segundo lugar, debemos entender que el marco legal proporcionado el Estado peruano con la dación de la Ley de Violencia Familiar contiene una serie de deficiencias que imposibilitan una adecuada lucha contra la denominada violencia familiar, siendo que se presentan problemas legales y estructurales que siguen negando a las víctimas el acceso a protección, remedio y recurso verdaderos. Estas deficiencias, a criterio de la División de Derechos de la Mujer de *Human Right Watch*, se traducen en problemas tanto legales como prácticos, así, por ejemplo, su definición de violencia familiar sigue siendo incompleta y excluye efectivamente a categorías enteras de mujeres, así como formas particulares de violencia familiar, además de que le otorga prioridad a la conciliación por encima del procesamiento, lo que transmite la inquietante idea de que las agresiones dentro de las relaciones interpersonales deben resolverse mediante negociaciones en lugar de sanciones[151].

Por otro lado, y aunque se trata de un régimen de conciliación administrativo distinto, la Ley Nº 27007, Ley que faculta a las Defensorías del Niño y del Adolescente a realizar Conciliaciones Extrajudiciales con Título de Ejecución, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 006-99-PROMUDEH, consideraban inicialmente a la violencia familiar como materia conciliable ante las Defensorías del Niño y del Adolescente, en concordancia con el señalado por el Decreto Ley Nº 26102 que aprobó el Código de los Niños y Adolescentes. Posteriormente, por Ley Nº 27337 se aprobó el nuevo Código de los Niños y Adolescentes, cuyo artículo 45 literal c) modifica el régimen de las materias conciliables ante las Defensorías del Niño y del Adolescente, al señalar que se pueden efectuar conciliaciones extrajudiciales sobre temas

(151) HUMAN RIGHT WATCH. *Memorádum Sobre la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar del Perú.* Lima, marzo, 2000, p. 2 y ss.

relativos a alimentos, tenencia y régimen de visitas. Debemos considerar que el Reglamento de la Ley Nº 27007, fue modificado por el Decreto Supremo Nº 007-2004-MIMDES, el cual señaló que se pueden conciliar sobre alimentos, régimen de visitas y tenencia, dejándose de considerar a la violencia familiar como materia conciliable, en concordancia con el marco normativo que regula la conciliación extrajudicial y que se aplica supletoriamente.

Un tema a considerar es que se debe distinguir los casos "con violencia" de los casos "de violencia". En los casos "con violencia" el episodio violento aparece como un hecho aislado por lo que se puede considerar que no volverá a presentarse y el conciliador podría continuar con el procedimiento conciliatorio, ya que no se estaría conciliando la violencia. Por el contrario, en los casos "de violencia", o denominados también casos "de violencia crónica" no existe un único episodio violento, sino una cantidad de ellos, que generalmente van en incremento, lo cual aumenta los riesgos físicos y psicológicos para las víctimas; en estos casos el conciliador debe tomar las precauciones para ayudar a los miembros de la familia que están en riesgo, siendo lo más aconsejable es la derivación a un lugar especializado, mas no la conciliación de la violencia que, como vemos, se encuentra prohibida.

9. Otros casos de desalojo

Hay que considerar que existen otros casos de desalojo distintos al desalojo por falta de pago o por precario –que sí son conciliables– y que tienen una regulación propia que los exime del cumplimiento de la conciliación extrajudicial. Así, existe una modificación legal al texto del artículo 7-A de la Ley de Conciliación, efectuada por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo Nº 1196, y por el cual se señala como supuesto de materia no conciliable **los casos de desalojo previstos en el Decreto Legislativo Nº 1177 - Decreto Legislativo que establece el régimen de promoción del arrendamiento para vivienda** (conocido también como "desalojo express" y que ha creado un proceso especial de ejecución de desalojo) **y en la Ley Nº 28364 - Ley que regula el contrato de capitalización inmobiliaria y sus modificatorias** (conocido como contrato de "alquiler-venta"). En estos supuestos no se exige –y hasta más bien se prohíbe– el inicio del intento conciliatorio a nivel extrajudicial.

10. Delitos o faltas

El actual marco normativo no se pronuncia de manera expresa respecto de la improcedencia de la conciliación en los casos de delitos y faltas, cosa que

sí hacía la legislación anterior. Solamente se señala en el artículo 8 de la ley que constituyen excepciones al principio de confidencialidad el conocimiento de hechos que conduzcan a establecer indicios razonables de la comisión de un delito o una falta, lo que supondría poner el hecho delictivo en conocimiento de las autoridades, mandato que llevará implícita la conclusión del procedimiento conciliatorio. La redacción original del artículo 9, tercer párrafo, de la Ley de Conciliación, contemplaba que no se sometían a conciliación las controversias sobre hechos que se refieran a la comisión de delitos o faltas, siendo su justificación la existencia de un principio jurídico por medio del cual la persecución pública del delito está a cargo del Estado.

En sentido estricto, el Código de Procedimientos Penales y la parte en actual vigencia del Código Procesal Penal, señalan cuatro casos en los cuales puede haber una cierta forma de conciliación en materia penal, al interior del procedimiento judicial respectivo, estos son:

- Cuando se trate de delitos insignificantes o poco frecuentes, salvo que la pena mínima sea de más de dos años.
- Cuando la culpabilidad del agente o su contribución sean mínimas.
- Cuando, en el juicio por faltas, haya desistimiento de la acción; y,
- En los procedimientos especiales por calumnia, difamación e injuria, habiéndose excluido de este tipo de conciliación a los delitos contra el honor sexual mediante la llamada **Ley Merino**.

Por otro lado, se crearon con el carácter de proyecto piloto dos Fiscalías Provinciales Especializadas en la aplicación del Principio de Oportunidad, en las cuales, mediante Resolución del Consejo Transitorio del Ministerio Publico N° 200-2001-CT-MP que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Provinciales Especializadas en la aplicación del Principio de Oportunidad, se contempla la realización de una audiencia única de conciliación, a cargo del fiscal provincial, en la etapa previa al ejercicio de la acción penal, a efectos de cumplir con el supuesto regulado en el artículo 2 del Código Procesal Penal, que consagra el principio de oportunidad en virtud del cual el Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos previstos en la norma.

11. Procesos no contenciosos

Los procesos no contenciosos se caracterizan por la ausencia de litis, esto es por no importar un conflicto entre dos partes con intereses contrarios, siendo además que la legislación peruana actual ha considerado pertinente

establecer la posibilidad de que algunos de estos procesos se tramiten también a elección del interesado, ante notario público de acuerdo a las normas de la Ley N° 26662, Ley de Competencia notarial en Asuntos no Contenciosos, como una medida saludable para descongestionar la carga procesal del Poder Judicial. En consecuencia, existen dos regímenes para la tramitación de los procesos no contenciosos; uno constituido por la vía judicial y otro por la vía notarial.

En la vía judicial, y de acuerdo al artículo 749 del Código Procesal Civil, se pueden tramitar los siguientes asuntos no contenciosos:

1. Inventario.
2. Administración judicial de bienes.
3. Adopción de personas mayores de edad.
4. Autorización para disponer derechos de incapaces.
5. Declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta.
6. Patrimonio familiar.
7. Ofrecimiento de pago y consignación[152].
8. Comprobación de testamento.
9. Inscripción y rectificación de partida.
10. Sucesión intestada.
11. Reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero.
12. Las solicitudes que, a pedido del interesado y por decisión del juez, carezcan de contención.
13. Los que la ley señale.

En el segundo caso, no es posible tramitar todos los asuntos no contenciosos, sino algunos de ellos en vía notarial, como la rectificación de partidas,

(152) Según lo prescrito por la Directiva N° 001-2016-JUS/DGDP-DCMA, Lineamientos para la correcta prestación del servicio de conciliación extrajudicial, aprobada por Resolución Directoral N° 069-2016-JUS/DGDP, el ofrecimiento de pago se considera como una materia conciliable, señalando que es **cuando una persona natural o jurídica desee cumplir con el pago de la deuda a su acreedor**, pudiendo arribar a acuerdos sobre la forma de pago.

la adopción de personas capaces, el patrimonio familiar, los inventarios, la comprobación de testamentos y la sucesión intestada.

Este supuesto de exclusión de los procesos no contenciosos como materia conciliable no está contemplado taxativamente en la Ley de Conciliación, pero si tenemos en cuenta la función del conciliador extrajudicial, la que apunta a restablecer el proceso de comunicación entre las partes a fin de que ellas resuelvan de manera dialogada su conflicto de intereses antes que delegar su solución de manera obligatoria a un tercero –sea un juez o un árbitro–, vemos que el requisito fundamental es que exista un problema de por medio, una litis, esto es, una situación de naturaleza contenciosa, la cual se intenta solucionar. Por el contrario, en los procesos no contenciosos que se tramitan ante el órgano jurisdiccional la finalidad concreta del proceso es eliminar una incertidumbre con relevancia jurídica según lo establece el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil; en otras palabras, haciendo uso del poder conferido por la Constitución y las leyes, el juez dilucida la incertidumbre pronunciando un derecho, requisito básico para que este sea oponible *erga omnes*, atribución que no posee el conciliador en la medida que él carece de las facultades propias de un juez en ejercicio de la función jurisdiccional para declarar un derecho.

Finalmente, tampoco procedería la conciliación como requisito previo a la interposición de procesos no contenciosos, toda vez que no hay conflicto y se busca la declaración de un derecho, atribución exclusiva del magistrado.

CAPÍTULO VII

ANÁLISIS CRÍTICO EN TORNO AL RECORRIDO QUE PRESENTA EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO



CAPÍTULO VII

ANÁLISIS CRÍTICO EN TORNO AL RECORRIDO QUE PRESENTA EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

"¡Adelante! Por los caminos malos, si no hay otros; por los buenos, si es posible. Pero adelante, adelante a pesar de todos los obstáculos para lograr el fin".

Charles Dickens

I. ¿PROCEDIMIENTO O PROCESO?

Tanto la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación, como su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS emplean el término **procedimiento conciliatorio** para referirse a la secuencia lógica de actos que son desarrollados al interior de un centro de conciliación extrajudicial y conducidos en su mayoría de manera activa por el conciliador extrajudicial, actos que se encuentran encaminados a buscar el logro de la solución a la controversia planteada en la solicitud de conciliación extrajudicial mediante la suscripción del acuerdo conciliatorio. Dichos actos se inician con la presentación de la solicitud de conciliación y culminan con la expedición del acta de conciliación respectiva que puede contener un acuerdo o no, lo que nos lleva a afirmar que todo procedimiento culmina con la expedición de un acta de conciliación, pero no todo procedimiento conciliatorio culmina con acuerdo conciliatorio entre las partes[153].

(153) Efectivamente, no todo procedimiento conciliatorio culminará con acuerdo, pero todo procedimiento conciliatorio debe culminar con la expedición de un acta de conciliación. En este sentido, el artículo 16 de la Ley de Conciliación prescribe que "(...) El Acta debe contener necesariamente una de las formas de conclusión del procedimiento conciliatorio señaladas en el artículo anterior (...)". En este orden de ideas, podemos afirmar que el Acta de conciliación que se expide al culminar todo procedimiento conciliatorio puede agruparse de dos maneras, a saber: I) Actas con acuerdo: que pueden ser i) Acuerdo Total y ii) Acuerdo Parcial; y II) Actas sin acuerdo: que pueden ser: i) Falta de acuerdo entre las partes, ii) Inasistencia de una parte a dos sesiones, consecutivas o no, iii) Inasistencia de ambas partes a una sesión, y iv) Decisión debidamente motivada del conciliador en audiencia efectiva, por advertir violación a los principios de la Conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la Audiencia o por negarse a firmar el acta de conciliación.

Vemos pues que el marco normativo prefiere el empleo del término **procedimiento** en contraposición al término **proceso**, que también puede ser entendido como la cadena de actos coordinados para el logro de una finalidad[(154)]. Asumimos que la opción para preferir dicho término radica en el hecho de evitar cualquier tipo de confusiones entre los operadores jurídicos debido al arraigado empleo del término **proceso** como sinónimo de juicio. En este sentido, conviene tener presente las diferencias entre las expresiones **procedimiento** y **proceso**, que esencialmente radican en el hecho de que mientras el primero (procedimiento) se lleva ante cualquier tipo de autoridad –como, por ejemplo, ante una autoridad de tipo administrativa–; el segundo (proceso) se conduce ante los órganos de la función judicial, competentes para conocer y resolver los recursos interpuestos, y tramitar la demanda que contiene la acción y ejercer la tutela jurídica en atención a las pretensiones procesales de los recurrentes. Además, como afirmaba el maestro Alzamora Valdez, en un plano estrictamente procesal, debe tenerse presente que el término procedimiento no equivale a proceso, ya que se refiere al aspecto externo o meramente formal de la actividad procesal[(155)].

La Ley de Conciliación lo entiende así, de allí que la sétima disposición complementaria, transitoria y final de la Ley de Conciliación señale que el procedimiento de Conciliación creado por dicha ley se realiza de modo independiente de aquel que regula el Código Procesal Civil.

II. INICIO DEL PROCEDIMIENTO

1. La solicitud de conciliación

Independientemente de que existe la obligación legal de calificar de manera previa toda solicitud de conciliación, a fin de verificar que esta contenga todos los requisitos formales y verse sobre materia conciliable[(156)] bajo sanción de no ser recibida por el centro de conciliación, formalmente, todo procedimiento de conciliación extrajudicial se inicia con la presentación de

(154) Aunque el empleo de esta denominación no es uniforme. Por ejemplo, el cuarto párrafo del artículo 14 de la Ley de Conciliación, al referirse a los requisitos que debe contener un poder, cuando se trate de actuación mediante apoderado, omite el término "procedimiento" al señalar expresamente: "(...) En el caso, que las facultades hayan sido otorgadas con anterioridad a la invitación el poder deberá además contar con facultades para que el apoderado pueda ser invitado a un **proceso conciliatorio** (...)" (el resaltado es nuestro).

(155) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil - Teoría General del Proceso*. Ediciones EDDILI, Lima, p. 14.

(156) Cfr. PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "¿... Y es eso conciliable?: La vigente (y complicada) regulación de las materias conciliables en la Ley de Conciliación Extrajudicial". En: *Revista Jurídica del Perú*. Nº 116, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2010, pp. 283-315.

una solicitud, la cual, de acuerdo al artículo 5 de la Ley de Conciliación y el artículo 6 del Reglamento, puede dirigirse a un centro de conciliación[157]. Dichos centros pueden ser privados (que prestan sus servicios mayormente a título oneroso) o pueden ser centros de conciliación gratuitos del Ministerio de Justicia.

1.1. Formas de solicitud

Tanto para la Ley de Conciliación como para su Reglamento, la solicitud de conciliación puede asumir varias formas, a saber:

a) Conjunta o individual

Según el artículo 13 de la Ley de Conciliación, las partes pueden solicitar la conciliación extrajudicial en forma conjunta o individual con arreglo a las reglas generales de competencia establecidas en el artículo 14 del Código Procesal Civil.

La solicitud conjunta es aquella en la cual, ante el surgimiento de un conflicto o controversia, la totalidad de las partes involucradas están de acuerdo en iniciar el procedimiento conciliatorio; en este caso las partes en conjunto plantean la solicitud, pudiendo también elegir libremente cualquier centro de conciliación, según lo estipulado por el artículo 6 del Reglamento[158]. Por ejemplo, si una pareja de esposos con domicilio en la ciudad de Piura se encuentra en la ciudad de Lima y en ese momento deciden intentar resolver la controversia pendiente sobre el tema de alimentos y tenencia, no existe ningún inconveniente para que puedan presentar su solicitud de manera conjunta y concurrir en el día ante cualquier centro de conciliación ubicado en la provincia de Lima. Como vemos, la única variante del procedimiento conciliatorio la tenemos en el hecho de que si la solicitud es presentada por ambas partes la audiencia de conciliación podrá realizarse en el día –lo que supone no efectuar el acto de notificación para realización de la audiencia–, siempre y cuando el centro

(157) Recordemos que, inicialmente, la Ley de Conciliación contemplaba en su Capítulo VI (arts. 33 al 38) la posibilidad de conciliar también ante un juez de paz letrado, posibilidad que se suspendió en virtud de la tercera disposición complementaria, transitoria y final de la Ley N° 27398, y que posteriormente la totalidad del capítulo VI fue derogado por la única disposición derogatoria del Decreto Legislativo N° 1070, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008.

(158) Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo N° 014-2008-JUS:
"Artículo 6.- De la Petición Conciliatoria.- La Conciliación puede ser solicitada por cualquiera de las partes, o por ambas, a un centro de conciliación Extrajudicial con arreglo a las reglas generales de competencia legal y convencional establecidas en el Código Procesal Civil con el objeto que un tercero llamado Conciliador, les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto".

de conciliación cuente con disponibilidad de salas y conciliadores para la realización de la misma, según la parte final del segundo párrafo del artículo 15 del Reglamento

La solicitud es individual cuando existe una o varias partes denominadas **solicitantes** que desea invitar a conciliar a otra u otras que tendrán la condición de **invitadas**, en virtud de un conflicto entre ellas, y para ello cumple con presentar su solicitud de conciliación indicando el nombre o denominación de la contraparte y su respectivo domicilio a efectos de que esta sea válidamente emplazada con la invitación para conciliar.

b) Escrita o verbal

Por su parte el artículo 12 del Reglamento señala que la conciliación podrá presentarse por escrito o de manera verbal. Esto quiere decir que tanto las solicitudes individuales o conjuntas podrán asumir la forma escrita o verbal

Podríamos asumir que lo usual es que la solicitud sea presentada por el solicitante o solicitantes de manera escrita, debiendo cumplir con los requisitos señalados en los numerales 1 al 9 del citado artículo 12 y que se desarrollarán en el siguiente punto.

Cuando el tercer párrafo del artículo 12 del Reglamento señala que la solicitud de conciliación podrá realizarse también verbalmente, prescribe además que los centros de conciliación elaborarán formatos de la solicitud de conciliación, siendo que en este caso todos los datos serán requeridos directamente por el centro de conciliación, bajo su responsabilidad. En este caso tenemos que existe presencia física de la parte solicitante, la cual manifiesta su intención de presentar su solicitud, siendo que quien transcribe en el formato de solicitud los datos referentes al conflicto no será el solicitante sino el personal del centro de conciliación designado previamente para tal fin; una vez ocurrido ello recién podremos hablar de la presentación de la solicitud.

1.2. Requisitos de la solicitud

El artículo 12 del Reglamento señala que, ya sea que se trate de solicitudes presentadas por escrito o de manera verbal, todas ellas deberán contener los siguientes requisitos:

Fecha. Si la fecha de recepción no coincide con la fecha de solicitud, se tomará en cuenta la fecha de recepción para el cómputo de los plazos. Como se aprecia, se emplea el criterio de "fecha cierta", a fin de iniciar el cómputo de los plazos del procedimiento a partir de la fecha de recepción de la solicitud.

El nombre, denominación o razón social, documento(s) de identidad, domicilio del solicitante o de los solicitantes. En el caso de que la solicitud sea presentada en forma conjunta, quien desee ser invitado en una dirección diferente, deberá señalarlo en la solicitud. Los datos del solicitante son de vital importancia, ya que nos permitirán individualizar con certeza quién es la persona que inicia el procedimiento conciliatorio al poder identificarlo mediante su nombre o razón social o el nombre de su representante y su respectivo documento de identidad.

El nombre y domicilio del apoderado o representante del solicitante o solicitantes, de ser el caso. En los casos de padres menores de edad que sean representantes de sus hijos en materias de alimentos y régimen de visitas, podrán identificarse con la partida de nacimiento o su documento nacional de identidad. Se permite consignar los datos del apoderado o representante en los casos que el marco normativo lo permita, que variará dependiendo que se trate de personas naturales (donde la regla general es la concurrencia personal, permitiéndose la concurrencia mediante representante solo en los casos debidamente acreditados de incapacidad física temporal o permanente o cuando se domicilia fuera del distrito conciliatorio, mediante escritura pública con facultades para conciliar extrajudicialmente, disponer del derecho materia de conciliación y ser invitado al procedimiento conciliatorio) y personas jurídicas (donde basta exhibir el documento donde conste la designación, debidamente inscrito en Registros Públicos y con el certificado de vigencia de poder respectivo).

Una innovación positiva la tenemos en el hecho de precisar que los menores de edad que sean padres de familia puedan concurrir al procedimiento conciliatorio en representación de sus hijos, al amparo de la **capacidad adquirida** regulada en el artículo 46 del Código Civil[159]. Si bien es

(159) Código Civil peruano:
"Artículo 46.- Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial.- La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice a ejercer una profesión u oficio.
La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.
Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:
1. Reconocer a sus hijos.

cierto que el Reglamento les autoriza a los menores de edad a representar a sus hijos en temas de alimentos y régimen de visitas, del texto del artículo 46 del Código Civil debemos entender que también se les habilita para representar a sus hijos también en temas de tenencia, así como en los temas de reconocimiento de gastos de embarazo y parto, siendo que estos dos últimos perfectamente se pueden tramitar dentro del rubro de alimentos.

El nombre, denominación o razón social de la persona o personas con las que se desea conciliar, a fin de individualizar con certeza al destinatario de las invitaciones para conciliar, sea persona natural o jurídica.

El domicilio de la persona o de las personas con las que se desea conciliar. El Reglamento deja de lado el criterio de flexibilidad, al hablar únicamente de domicilio del invitado. Recordemos que la regulación primigenia permitía consignar no solamente el domicilio del invitado, sino que en caso de desconocer este se podía mencionar la dirección del centro de trabajo, aunque en la práctica este hecho generaba una serie de inconvenientes al invitado (sobre todo si se trataba de temas de alimentos o deudas). Sin perjuicio de ello, el Código Civil vigente en su artículo 33 considera que el simple hecho de residir real y habitualmente en un lugar es factor determinante para presumir que la persona ha situado ahí su centro espacial de imputación jurídica; a su vez, el artículo 35 prescribe que la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos, permitiendo a los terceros ubicar con facilidad a la persona a quien se le imputa un deber o un derecho[160].

Los hechos que dieron lugar al conflicto, expuestos en forma ordenada y precisa. Los hechos que dieron lugar al conflicto responden a la pregunta ¿qué pasó?, es decir hacen referencia a una descripción breve de los orígenes y evolución del conflicto desde el punto de vista del solicitante, siendo equivalente a los **fundamentos de hecho** que se plantean en la demanda, según lo estipulado en el inciso 6 del artículo 424 del Código Procesal Civil, que prescribe que dichos hechos deben ser

2. Demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.
4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos".

(160) A criterio de Carlos Fernández Sessarego lo dispuesto en el artículo 35 del Código Civil es contradictorio a la regla de "habitualidad" para considerar el domicilio de un persona señalada en el artículo 33 del mismo Código, ya que desde su punto de vista no cabe tener dos hábitos contrapuestos en un mismo asunto o actividad, es decir, no se podía residir habitualmente en dos o más lugares, ya que ello significaría la ausencia de habitualidad. Ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. 3ª edición. Librería Studium Editores, Lima, 1988, p. 96.

expuestos numeradamente en forma precisa, con orden y claridad, a efectos de que el conciliador tenga una visión inicial del conflicto.

Deberá indicar, en el caso de alimentos, si existen otras personas con derecho alimentario a fin de preservar los principios de buena fe y legalidad de la conciliación. Esta disposición resulta discutible, toda vez que ni siquiera es exigida por el propio órgano jurisdiccional al momento de interponer una demanda de alimentos. Se parte de la premisa de que las partes conciliantes podrían estar coludidas y actuarían de mala fe con la finalidad de perjudicar a un tercero (acreedor alimentista) con el acuerdo conciliatorio al que pudieran arribar, y por ello se exige que en este caso particular de alimentos el solicitante debe indicar si conoce de la existencia de otras personas con igual o mejor derecho alimentario a fin de que sean citadas a la audiencia respectiva. Si concordamos esto con lo dispuesto por la parte final del artículo 15 del Reglamento, si estos terceros, a pesar de estar válidamente citados, no concurren, entonces las partes solo podrán conciliar en la parte que les concierne a ellas[161]. Consideramos que la intención de requerir este dato a los solicitantes es buena, pero poco práctica en la realidad, toda vez que la sola existencia de un acreedor alimentario no significa necesariamente que está interesado en accionar. Por otro lado, la parte solicitante podría mentir al afirmar desconocer de la existencia de otras personas con derecho alimentario, o conociendo de su existencia no necesariamente sabría sus domicilios a efectos de que sean incorporados al procedimiento conciliatorio, o siendo estos válidamente notificados demuestran su desinterés al no concurrir al procedimiento conciliatorio. Si la idea es proteger a los acreedores alimentarios, estimamos que ellos no se encuentran en situación de desamparo porque tienen expedita la vía del prorrateo a fin de efectivizar su derecho a una pensión alimenticia.

La pretensión, indicada con orden y claridad, precisando la materia a conciliar. De igual manera, la solicitud de conciliación debe contener la pretensión, que servirá en el caso de un eventual procedimiento

(161) Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo N° 014-2008-JUS:
"Artículo 15.- (...) En caso el acuerdo al que pudieran arribar las partes afecte el derecho de terceros, para continuar la audiencia de conciliación estos deberán ser citados e incorporados al procedimiento conciliatorio. En caso los terceros a pesar de estar válidamente notificados no asistan a la audiencia convocada, las partes podrán llegar a acuerdos sobre las materias que únicamente les afecte a ellos (...)". En los temas de Derecho Civil patrimonial esta disposición equivale en la práctica a iniciar un pequeño procedimiento concursal que resultaría poco útil y muy engorroso. Estimamos que debería dejarse de lado la presunción de la mala fe de las partes conciliantes (que podría darse en algunos casos, pero que tendrá que demostrarse) para dar cabida a la presunción de un accionar guiado en la buena fe, presunción *iuris tantum* que, además, es un principio de la institución conciliadora.

judicial, para señalar el petitorio. La pretensión equivale a responder la interrogante respecto de ¿qué se desea obtener?, y el hecho de requerir además que se consigne la materia a conciliar facilita a los centros de conciliación determinarla con precisión por dicho expreso del solicitante.

La firma del solicitante; o su huella digital, si es analfabeto. Finalmente, la doctrina considera que la firma debe ser manuscrita y la que habitualmente usa el firmante; pero la Ley admite la posibilidad que, ante el hecho de encontrarnos frente a solicitudes presentadas por personas analfabetas, se omitirá el requisito de la firma del solicitante reemplazándola con la impresión digital del solicitante.

1.3. Formato de solicitud

Mediante la Resolución Ministerial N° 235-2009-JUS publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de diciembre de 2009 se aprobaron los modelos de formatos tipo de actas para su utilización en los centros de conciliación. Dentro de estos formatos, tenemos el Formato "A" correspondiente al modelo para las solicitudes de conciliación, y que reproducimos para mejor comprensión. La totalidad de los formatos será reproducida posteriormente.

1.4. Documentación que debe acompañarse

El artículo 14 del Reglamento señala que a la solicitud de conciliación se deberá acompañar en calidad de anexos:

Copia simple del documento de identidad del solicitante o solicitantes y, en su caso, del representante.

El documento que acredita la representación, de ser el caso. En el caso de padres menores de edad, cuando se trate de derechos de sus hijos, estos se identificarán con su partida de nacimiento o su documento de identidad. Se entiende que la documentación que acredita el entroncamiento entre padres menores de edad y sus hijos los habilita a presentar la solicitud de conciliación por encontrarse bajo los supuestos de "capacidad adquirida", puesto que en otros casos en los que actúen menores de edad como titulares de derechos se encuentra prohibido recepcionar las solicitudes de conciliación en tanto para la legislación vigente los menores de edad son considerados incapaces[162].

(162) Ley N° 26872, Ley de Conciliación:
"Artículo 7-A.- Supuestos y materias no conciliables de la Conciliación.- No procede la conciliación en los siguientes casos: (...)

Documento que contiene el poder para conciliar cuando se actúe por apoderado y el certificado de vigencia de poder para aquellos que se encuentren inscritos. Recordemos que se refiere exclusivamente a la presentación de la escritura pública que contiene el poder, no siendo válida ninguna otra forma de poder como carta poder simple o poderes fuera de registro con firmas legalizadas. Por otro lado, en el caso de los poderes que se encuentren inscritos en los Registros Públicos deberá presentarse obligatoriamente la respectiva vigencia de poder.

Copias simples del documento o documentos relacionados con el conflicto. Nótese que no se habla de medios probatorios, solo de documentos relacionados con el conflicto, los cuales solo servirán para fundamentar documentariamente los hechos señalados en la solicitud, reforzando la posición de las partes, siendo que en la conciliación no se actúan pruebas, puesto que el no es el conciliador sino las partes las que deciden el fondo de la controversia. Sobre este punto es pertinente precisar que la ley hace expresa constancia a la remisión de copias simples de la documentación, no exigiendo remitir copias legalizadas o certificadas de dichos medios probatorios. Si de flexibilidad en temas de familia se trata, sería interesante volver a adoptar una disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 13 del primer Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-98-JUS que señalaba que en los casos de familia y de aquellos asuntos cuya cuantía no exceda de 10 unidades de referencia procesal, los centros de conciliación de manera gratuita darán fe de la autenticidad de los documentos originales, sin necesidad dejar copia. Por otro lado, está la exigencia de acreditar la existencia del conflicto[163] que se satisface mediante la presentación de la copia de los documentos relacionados con el mismo, pero esta resultaría inaplicable para cierto tipo de conflictos, como el caso de una deuda contraída de manera verbal, aunque en los centros de conciliación gratuitos del Ministerio de Justicia se llegó a suplir esta ausencia mediante la suscripción de declaraciones juradas, situación que ahora no es posible, exigiéndose la presentación de la copia del requerimiento efectuado por el acreedor.

Tantas copias simples de la solicitud y sus anexos como invitados a conciliar; que serán enviadas a las partes invitadas junto con la

c) Cuando se trate de derechos y bienes de incapaces a que se refieren los artículos 43 y 44 del Código Civil. (...)".

(163) Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS:
"Artículo 56.- De las obligaciones del centro de conciliación.- Sin perjuicio de lo previsto en el presente Reglamento, los centros de conciliación se encontrarán obligados a: (...)
48. No admitir a trámite un procedimiento conciliatorio sin la existencia previa de un conflicto. (...)".

invitación para conciliar a fin de informarlas debidamente respecto del tema materia de controversia.

Certificado médico emitido por institución de salud, acreditando la discapacidad temporal o permanente que imposibilite acudir al centro de conciliación extrajudicial. En este caso se requiere el documento original expedido por establecimientos del Ministerio de Salud, EsSalud, y empresas prestadoras de salud - EPS a fin de acreditar que debido a su estado de salud la parte solicitante se encuentra habilitada para otorgar poder.

Constancia de movimiento migratorio o certificado domiciliario que acredite que el solicitante domicilia fuera del territorio nacional o en otro distrito conciliatorio. De manera similar al numeral anterior, en este caso también se requiere de la presentación del documento original a fin de acreditar que la parte solicitante no podrá concurrir a la audiencia por domiciliar fuera de la jurisdicción del centro de conciliación, y que la habilita a otorgar poder. Consideramos que en los casos en que se otorgue poder por Escritura Pública o Poder Consular bastará la presentación del documento que lo contiene en el que se verifica que el lugar de otorgamiento del poder así como el domicilio de la parte otorgante está fuera del ámbito jurisdiccional del centro de conciliación para hacer innecesario la presentación de movimiento migratorio o certificado domiciliario.

1.5. Coincidencia del señalamiento del domicilio del invitado

El domicilio del invitado señalado por el solicitante en su solicitud de conciliación marcará el lugar de destino de las posteriores invitaciones para conciliar dirigidas al invitado. Queda claro que si el solicitante desconoce el domicilio de la parte con la que debe conciliar, entonces se encontrará impedido de presentar su solicitud de conciliación[164], puesto que en ese caso no existirá la posibilidad de realizar el procedimiento conciliatorio, debiendo demandar directamente solicitando se le notifique por edicto bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal conforme lo prescribe el artículo 435 del Código Procesal Civil.

Ratificamos la necesidad de que exista plena coincidencia entre el domicilio del invitado consignado en la solicitud de conciliación y en el Acta de

(164) Ley Nº 26872, Ley de Conciliación:
"Artículo 7-A.- Supuestos y materias no conciliables de la Conciliación.- No procede la conciliación en los siguientes casos: (...)
a) Cuando se desconoce el domicilio de la parte invitada. (...)".

conciliación expedida como requisito de procedibilidad con el domicilio del demandado señalado en la demanda que se interponga posteriormente, siendo que la demanda debe ser declarada improcedente por el juez, cuando en ella se consigne una dirección distinta a la dirección de la parte con la que se debía conciliar. El demandante, en este caso, quedará obligado a iniciar un nuevo procedimiento de conciliación. Es decir, cuando el domicilio del demandado, consignado en la demanda es diferente al señalado por el demandante en la solicitud de conciliación no habiéndose realizado esta por inasistencia del invitado la demanda debe ser declarada improcedente.

Debe existir plena coincidencia entre el Acta de conciliación expedida y el domicilio que se consigne en la posterior demanda judicial que se presente. La sanción a imponerse en caso de que no coincidan los domicilios señalados tanto en la solicitud, el Acta de conciliación y la demanda será la declaración de improcedencia de la demanda y la exigencia de iniciar un nuevo procedimiento conciliatorio con el domicilio señalado en la demanda.

2. Competencia territorial

2.1. Los distritos conciliatorios

Por la tercera disposición complementaria final del Reglamento de la Ley de Conciliación[165], precisado por la cuarta disposición complementaria transitoria del Decreto Supremo N° 006-2010-JUS[166], se señala que cada Provincia –desde un punto de vista de demarcación territorial– se considera como un distrito conciliatorio, con excepción de la Provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao que constituyen un solo distrito conciliatorio.

Esta disposición señala el ámbito territorial en el que se encuentra inmerso todo centro de conciliación, pues para todos los efectos, debe entenderse que Lima y Callao son un solo distrito conciliatorio y en el resto del país se considerará a cada provincia como un distrito conciliatorio. Así, la

(165) Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo N° 014-2008-JUS Disposiciones Complementarias Finales:
Tercera.- Para efectos de la Ley y el Reglamento, debe entenderse que **las provincias del departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, constituyen un solo distrito conciliatorio.** En el resto del país se considerará a cada provincia de cada departamento como un distrito conciliatorio distinto (el resaltado es nuestro).

(166) Decreto Supremo N° 006-2010-JUS. Disposiciones Complementarias Transitorias:
Cuarta.- Precísese que en función a lo establecido por la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, **la Provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao constituyen un solo Distrito Conciliatorio denominado Distrito Conciliatorio de Lima. En el resto del país se considerará a cada provincia de cada departamento como un Distrito Conciliatorio distinto** (el resaltado es nuestro).

demarcación territorial que determina el radio de acción de los centros de conciliación está dada sobre la base de la división política en las provincias que forman parte de un departamento, concordante con lo dispuesto tanto en el artículo 189 y la duodécima disposición final de la actual Constitución Política del Perú[167].

2.2. Aplicación supletoria del artículo 14 del Código Procesal Civil

En este sentido, existe obligación legal de admitir a trámite solicitudes de conciliación cuando el domicilio de las partes corresponda al distrito conciliatorio de su competencia[168]. Esto debe ser concordado con lo señalado en el artículo 13 de la Ley de Conciliación[169] que establece que en el caso de las solicitudes de conciliación interpuestas de manera individual, estas deben ser presentadas con arreglo a las reglas generales de competencia establecidas en el artículo 14 del Código Procesal Civil.

En este caso, si es solo una de las partes la que solicita la conciliación mediante una solicitud individual la elección del centro de conciliación debe ser hecha con arreglo a las reglas generales de la competencia establecidas en el artículo 14 del Código Procesal Civil[170].

(167) Constitución política del Perú de 1993:
"Artículo 189.- El territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcertada".
Disposiciones Finales y Transitorias: (...)
"Duodécima.- La organización política departamental de la República comprende los departamentos siguientes: Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes, Ucayali; y la Provincia Constitucional del Callao".

(168) Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS:
"Artículo 56.- De las obligaciones del centro de conciliación:
Sin perjuicio de lo previsto en el presente Reglamento, los centros de conciliación se encontrarán obligados a: (...)
31. Admitir a trámite el procedimiento conciliatorio cuando el domicilio de las partes corresponda al distrito conciliatorio de su competencia, salvo acuerdo de las partes (...)".

(169) Ley Nº 26872, Ley de Conciliación:
"Artículo 13.-Petición.- Las partes pueden solicitar la Conciliación Extrajudicial en forma conjunta o individual, con arreglo a las reglas generales de competencia establecidas en el artículo 14 del Código Procesal Civil".

(170) Código Procesal Civil:
"Artículo 14.- Reglas generales de la competencia.- Cuando se demanda a una persona natural, es competente el Juez del lugar de su domicilio, salvo disposición legal en contrario.
Si el demandado domicilia en varios lugares puede ser demandado en cualquiera de ellos.
Si el demandado carece de domicilio o este es desconocido, es competente el Juez del lugar donde se encuentre o el del domicilio del demandante, a elección de este último.
Si el demandado domicilia en el extranjero, es competente el Juez del lugar del último domicilio que tuvo en el país.
Si por la naturaleza de la pretensión u otra causa análoga no pudiera determinarse la competencia por razón del grado, es competente el Juez Civil".

Si intentamos verificar como sería la aplicación supletoria del artículo 14 del Código Procesal Civil podemos señalar de manera genérica lo siguiente:

La regla general será que, cuando se pretenda invitar a conciliar a una persona natural la solicitud de conciliación se deberá presentar ante un centro de conciliación ubicado en el domicilio del invitado, esto es, ubicado en la provincia o distrito conciliatorio donde este reside.

Si el invitado a conciliar domicilia en varios lugares, puede ser invitado a conciliar en un centro de conciliación ubicado en cualquiera de sus domicilios.

Si el invitado a conciliar carece de domicilio o este es desconocido, no resultaría aplicable la disposición del Código adjetivo que señala que es competente el juez del lugar donde se encuentre o el del domicilio del demandante, puesto que existe prohibición de iniciar el procedimiento conciliatorio conforme lo señala el literal a) del artículo 7-A de la Ley de Conciliación. En este supuesto, se habilita al reclamante a demandar directamente sin cumplir con el requisito de procedibilidad, debiendo indicar este hecho en su demanda.

Idéntica prohibición ocurre si el invitado a conciliar domicilia en el extranjero, pidiendo demandar directamente vía exhorto, resultando competente el juez del lugar del último domicilio que tuvo en el país, a menos que se haya dejado un apoderado con poderes expresos para ser invitado a un centro de conciliación[171].

En este orden de ideas, un centro de conciliación es competente para recibir todas las solicitudes de conciliación que se presenten para invitar a personas domiciliadas en el Distrito Conciliatorio –léase **provincia**– donde se encuentra ubicado y funciona ese centro. Así, por ejemplo, si se presenta un conflicto en la provincia de Lima, cualquier centro de conciliación ubicado en el respectivo Distrito Conciliatorio de Lima –entiéndase en las provincias de Lima y Callao– será competente para conocer del procedimiento conciliatorio mediante la respectiva recepción de la solicitud.

Pero recordemos que la provincia de Lima posee 42 distritos más el Cercado de Lima, además de los 6 distritos que posee la provincia constitucional

(171) Ley N° 26872, Ley de Conciliación:
"Artículo 7-A.- Supuestos y materias no conciliables de la Conciliación.- No procede la conciliación en los siguientes casos: (...)
a) Cuando se desconoce el domicilio de la parte invitada.
b) Cuando la parte invitada domicilia en el extranjero, salvo que el apoderado cuente con poder expreso para ser invitado a un centro de conciliación. (...)".

del Callao. Así, si el solicitante viviera en el distrito del Rímac y el invitado tuviera su domicilio en el distrito de San Isidro, no existiría ningún inconveniente para que el solicitante escogiera un centro de conciliación ubicado en el distrito de Los Olivos o uno ubicado en el distrito de La Perla –en plena provincia constitucional del Callao–, ya que cualquiera de ellos cumple con el requisito de estar ubicado en el distrito conciliatorio de Lima y Callao. Idéntica situación se presentará en los demás distritos conciliatorios del interior del país, donde debe verificarse cuáles son los distritos que forman parte de la provincia a fin de determinar la **competencia territorial** de cada centro de conciliación.

Hay que tener presente que no se toma en cuenta la demarcación política a nivel distrital, sino a nivel provincial y que es la que se encuentra contenida en la Ley de Conciliación; claro está que lo ideal sería elegir un centro de conciliación que se encuentre, si no es cerca del domicilio del invitado, al menos equidistante del domicilio de ambas partes. Tampoco resulta aplicable la demarcación jurisdiccional que efectúan las cortes superiores de justicia en lo que conocemos como **distrito judicial**, que es aprobado mediante resolución administrativa de cada corte superior.

También hay que considerar el ámbito territorial de obligatoriedad de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad el mismo que ya se ha ido implementado de manera progresiva la exigencia del cumplimiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad desde el mes de agosto de 2008 en las provincias de Lima, Callao, Trujillo, Arequipa así como en el Distrito Judicial del Cono Norte de Lima, salvo la Provincia de Canta, lugares en los cuales entró en vigencia a los sesenta días de la publicación del Decreto Legislativo Nº 1070, conforme lo estableció la primera disposición final de dicho Decreto Legislativo, que señaló además la entrada en vigencia de manera progresiva en los diferentes distritos conciliatorios según calendario oficial que será aprobado mediante decreto supremo.

Por Decreto Supremo Nº 005-2010-JUS se estableció la exigencia de la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en las Provincias Cusco (desde el 1 de julio de 2010), Huancayo (desde el 1 de agosto de 2010), Cañete y Huaura (ambas desde el 1 de setiembre de 2010), del Santa (desde el 1 de octubre de 2010) y Piura (desde el 1 de noviembre de 2010).

Por Decreto Supremo Nº 008-2011-JUS se amplió la entrada en vigencia de la obligatoriedad de la conciliación a las provincias de Ica (desde el 1 de setiembre de 2011), Chiclayo (desde el 4 de octubre de 2011),

Cajamarca (desde el 3 de noviembre de 2011) y Puno (desde el 1 de diciembre de 2011).

Mediante Decreto Supremo Nº 015-2012-JUS se implementó la obligatoriedad de la conciliación en las provincias de Huamanga (desde el 7 de noviembre de 2012), Huánuco (desde el 14 de noviembre de 2012), Tacna (desde el 12 de diciembre de 2012), Maynas (desde el 3 de abril de 2013), Huaraz (desde el 5 de junio de 2013), San Martín (desde el 7 de agosto de 2013), Tumbes (desde el 4 de setiembre de 2013), Coronel Portillo (desde el 2 de octubre de 2013) y Mariscal Nieto (desde el 6 de noviembre de 2013).

El Decreto Supremo Nº 008-2014-JUS aprobó la entrada en vigencia de la obligatoriedad del intento conciliatorio en las provincias de Abancay (desde el 1 de octubre de 2014), Pasco (desde el 22 de octubre de 2014), Huancavelica (desde el 5 de noviembre de 2014), Tambopata (desde el 26 de noviembre de 2014) y Chachapoyas (desde el 11 de diciembre de 2014). Posteriormente, el Decreto Supremo Nº 004-2015-JUS aprueba el Calendario oficial de la entrada en vigencia de la obligatoriedad del intento conciliatorio para las provincias de San Román (desde el 30 de setiembre de 2015), Sullana (desde el 28 de octubre de 2015), Barranca (desde el 25 de noviembre de 2015), Moyobamba (desde el 18 de diciembre de 2015), Chincha (desde el 27 de abril de 2016), Pisco (desde el 22 de junio de 2016), Rioja (desde el 24 de agosto de 2016), Satipo (desde el 21 de setiembre de 2016), Ilo (desde el 26 de octubre de 2016) y Andahuaylas (desde el 23 de noviembre de 2016).

Finalmente, por Decreto Supremo Nº 001-2017-JUS se establece el cronograma de obligatoriedad de la conciliación extrajudicial para las provincias de Huanta (desde el 15 de marzo de 2017), Camaná (desde el 5 de abril de 2017), Leoncio Prado (desde el 17 de mayo de 2017) y Cajabamba (desde el 14 de junio de 2017). En estos lugares el cumplimiento de la conciliación se exige como requisito de procedibilidad antes de la interposición de una demanda que verse sobre derechos disponibles, quedando pendiente de implementación para los años 2017 y 2018 en las provincias de Jaén (a partir del 16 de agosto de 2017), Acobamba (a partir de 20 de setiembre de 2017), Nazca (a partir del 18 de octubre de 2017), Lambayeque (a partir del 15 de noviembre de 2017), Huaral (a partir del 21 de marzo de 2018), Ferreñafe (a partir de 18 de abril de 2018), Huaylas (a partir del 16 de mayo de 2018), Caylloma (a partir de 20 de junio de 2018), La Mar (a partir del 15 de agosto de 2018), Chanchamayo (a partir del 19 de setiembre de 2018), La Convención (a partir del 17 de octubre de 2018) y Talara (a partir del 14 de noviembre de 2018); siendo que en las demás provincias no resultará exigible

el cumplimiento de este requisito de procedibilidad aun cuando se trate de materias conciliables obligatorias (ver siguiente gráfico).

GRÁFICO
ÁMBITO TERRITORIAL DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

Distritos Conciliatorios (provincias) donde se ha establecido la conciliación extrajudicial OBLIGATORIA		Distritos Conciliatorios (provincias) donde la conciliación extrajudicial NO ES OBLIGATORIA
1. Lima y Callao.	28. San Román.	Resto de las Provincias del país.
2. Trujillo.	29. Sullana.	© M. Pinedo A. 2017.
3. Arequipa.	30. Barranca	
4. Cusco.	31. Moyobamba.	
5. Huancayo.	32. Chincha.	
6. Cañete.	33. Pisco.	
7. Huaura.	34. Rioja.	
8. Del Santa.	35. Satipo.	
9. Piura	36. Ilo.	
10. Ica.	37. Andahuaylas.	
11. Chiclayo.	38. Huanta.	
12. Cajamarca.	39. Camaná.	
13. Puno.	40. Leoncio Prado.	
14. Huamanga.	41. Cajabamba.	
15. Huánuco.	42. Jaén.	
16. Tacna.	43. Acobamba.	
17. Maynas.	44. Nazca.	
18. Huaraz.	45. Lambayeque.	
19. San Martín.	46. Huaral.	
20. Tumbes.	47. Ferreñafe.	
21. Coronel Portillo.	48. Huaylas.	
22. Mariscal Nieto.	49. Caylloma.	
23. Abancay.	50. La Mar.	
24. Pasco.	51. Chanchamayo.	
25. Huancavelica.	52. La Convención.	
26. Tambopata.	53. Talara.	
27. Chachapoyas.		

2.3. Aplicación supletoria de las demás disposiciones adjetivas sobre competencia territorial

A diferencia de lo normado por el artículo 18 del primer Reglamento[172], no existe disposición legal expresa que señale la posibilidad de aplicar supletoriamente las disposiciones sobre competencia territorial distintas del artículo 14 dispuestas por el Código Procesal Civil; pero, si efectuamos una interpretación sistemática estaríamos en condiciones de afirmar que al señalarse en la Ley de Conciliación como regla general la aplicación supletoria del artículo 14 del Código Procesal Civil, y al señalar este una serie de reglas a aplicarse, salvo disposición legal en contrario, entonces también resultarían aplicables las demás normas sobre competencia territorial contenidas en el Código adjetivo[173].

En todo caso, el mismo Ministerio de Justicia lo llegó a entender así, al considerar en algún momento en su página web[174], en el rubro sobre **preguntas frecuentes sobre conciliación extrajudicial**, específicamente en la pregunta 24 cuyo tenor es: **¿Si el invitado domicilia en otro distrito conciliatorio, se puede conciliar?**, responde en sentido afirmativo señalando que sí es posible conciliar, teniendo en cuenta el termino de la distancia establecido por el Poder Judicial. Este criterio ha variado, pues se sigue considerando como una conducta sancionable entre los operadores de la conciliación aceptar solicitudes de conciliación donde el domicilio del invitado se encuentre fuera del distrito conciliatorio (salvo los casos de competencia territorial facultativa, como ocurre por ejemplo en el caso de alimentos). El texto del numeral 31 del artículo 56 del Reglamento impide la posibilidad de invitar a conciliar a una persona que domicilia fuera del distrito conciliatorio, restringiéndola únicamente al distrito conciliatorio de la parte invitada.

(172) Decreto Supremo N° 001-98-JUS: Reglamento de la Ley de Conciliación: **(Derogado)**
"Artículo 18.- Tratándose de la Conciliación ante un Centro, para todos los efectos, debe entenderse que la Provincia de Lima y Callao constituyen un solo distrito conciliatorio. En el resto del país se considerará a cada provincia como un distrito conciliatorio.
Las demás disposiciones sobre competencia territorial, contenidas en el Código Procesal Civil, se aplican supletoriamente para la Conciliación ante el jueces de paz Letrado y ante los centros de conciliación, en lo que fueran pertinentes.
Ninguna de las reglas anteriores rige cuando la presentación de la solicitud es conjunta. En este caso, las partes pueden elegir, con libertad, el centro de conciliación ante el cual planteara su solicitud" (el resaltado es nuestro).

(173) Contenidas en los artículos 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26 y 27 del Código Procesal Civil.

(174) Ver en: <http://www.minjus.gob.pe/conciliacion/Afiche%20conciliacion%20preguntas%20frecuentes3.pdf> (actualmente ya no se encuentra activo este enlace).

2.4. Procedencia de la conciliación extrajudicial dentro de un proceso judicial

La modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1070 no solo alcanza al procedimiento conciliatorio, sino también ha efectuado importantes modificatorias al proceso civil al modificar al Código Procesal Civil. Recordemos que en virtud de dichas modificatorias, actualmente el artículo 324 del Código adjetivo considera que la conciliación debe realizarse obligatoriamente ante un centro de conciliación de manera previa a la interposición de la demanda que verse sobre materias conciliables, siendo que la audiencia de conciliación procesal tiene un carácter facultativo y que para su realización se requiere del pedido expreso de ambas partes –demandante y demandada– al juez(175).

Empero, el artículo 327 del Código Procesal Civil prescribe que, si habiendo proceso abierto, las partes concilian fuera de este, presentarán con un escrito el acta de conciliación respectiva a fin de que sea aprobada y se declare concluido el proceso(176). Es decir, se prevé que la conclusión del proceso judicial se puede dar de forma especial no solamente mediante la conciliación judicial, sino también por la conciliación extrajudicial, no importando en este último caso en que etapa se encuentre el proceso judicial, con lo cual vemos que la conciliación extrajudicial puede emplearse aun en aquellos conflictos judicializados como una forma de concluir el litigio de una manera más eficiente y mutuamente satisfactoria. Esto supone dos situaciones:

- La primera, que ambas partes (demandante y demandada) han evaluado la conveniencia y están de acuerdo en resolver su controversia

(175) Código Procesal Civil:
"Artículo 324.- Formalidad de la conciliación.- La conciliación se llevará a cabo ante un centro de conciliación elegido por las partes; no obstante, si ambas lo solicitan, puede el Juez convocarla en cualquier etapa del proceso.
El Juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera formular en esta audiencia.
Los Jueces, de oficio o a solicitud de ambas partes, podrán citar a una audiencia de conciliación antes de emitir sentencia, salvo en los casos de violencia familiar. Si la audiencia de conciliación fuera a petición de ambas partes y cualquiera de ellas no concurre a la misma, se les aplica una multa de entre tres y seis unidades de referencia procesal (URP)".
Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley N° 30293.

(176) Código Procesal Civil:
"Artículo 327.- Conciliación y proceso.- Si habiendo proceso abierto, las partes concilian fuera de este, presentarán con un escrito el Acta de Conciliación respectiva, expedida por un centro de conciliación Extrajudicial.
Presentada por las partes el acta de conciliación, el Juez la aprobará previa verificación del requisito establecido en el artículo 325 y, declarará concluido el proceso.
Si la conciliación presentada al Juez es parcial, y ella recae sobre alguna de las pretensiones o se refiere a alguno o algunos de los litigantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones o de las personas no afectadas. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de tercero".
Artículo modificado por la única disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 1070.

judicializada mediante la conciliación extrajudicial y por lo tanto deciden iniciar un procedimiento conciliatorio, de preferencia mediante la presentación de una solicitud conjunta, a fin de que sean ellas y no el juez las que resuelvan el conflicto de manera mutuamente satisfactoria.

- La segunda, que una de las partes procesales (sea el demandante o el demandado) ha evaluado la conveniencia de intentar conciliar extrajudicialmente con su contraparte, y por ello presenta una solicitud de conciliación individual, intentando llegar a un acuerdo que será presentado posteriormente al juez para concluir el proceso judicial ya instaurado.

Nótese que, a diferencia del modelo adoptado para la conciliación procesal, en la conciliación extrajudicial no se exige la presentación conjunta de la solicitud de conciliación extrajudicial para iniciar el procedimiento, ya que solo se habla de acreditar el resultado de la conciliación extrajudicial bastando con presentar al juez el Acta de conciliación con acuerdo, sea este total o parcial, por lo que perfectamente se pueden admitir cualquiera de las dos situaciones anteriormente descritas.

3. Trámite de la solicitud

3.1. Recepción de la solicitud

La solicitud de conciliación es recibida por el secretario general del centro de conciliación, quien tiene como algunas de sus funciones recibir y dar trámite a las solicitudes de conciliación, según lo señala el artículo 48 literal a) del Reglamento referente a las funciones del secretario general. Antes de recibir la solicitud, debe verificar el cumplimiento de tres requisitos copulativos: i) que la solicitud cumpla con los requisitos formales exigidos en los artículos 12 y 14 del Reglamento, ii) se verifique la capacidad de las partes así como cumplir con los requisitos exigidos para actuar a través de representante cuando la ley lo permita y iii) que la solicitud verse sobre materia conciliable, sea esta obligatoria o facultativa. Luego de verificar el cumplimiento de estos requisitos concurrente, debe recibir la solicitud, asignarle un número correlativo y remitirla al director del centro de conciliación para que este proceda a la designación del conciliador dentro del día hábil siguiente de su recepción.

3.2. Suspensión de los plazos de prescripción

Uno de los efectos jurídicos más importantes que suceden con la recepción de la solicitud de conciliación se da en lo que respecta a los plazos de

prescripción establecidos en el Código Civil los cuales se suspenden a partir de la fecha de presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial, según lo establece el artículo 19 de la Ley de Conciliación.

Según lo dispuesto por nuestro Código Civil, solamente la prescripción admite suspensión[177], toda vez que por mandato expreso, la caducidad no admite interrupción ni suspensión[178], ni causa alguna que la enerve, pues se funda en el solo transcurso del tiempo. De esta forma, podemos afirmar que el artículo 19 de la ley de conciliación lo que hace es introducir una causal de suspensión adicional a las reguladas en el artículo 1994 del Código Civil vigente, siendo esta causal adicional la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial.

Debemos entender que dichos plazos se reinician en la fecha de conclusión de la Audiencia de Conciliación señalada en el Acta para los casos en que la conciliación fuese parcial o no se hubiera realizado, por lo que, de conformidad a lo estipulado en el artículo 1995 del Código Civil, desaparecida la causa de la suspensión, se reanuda el curso de la prescripción adicionándole el tiempo transcurrido anteriormente a la presentación de la solicitud.

Aunque esta disposición no es del todo uniforme, ya que el artículo 15 de la Ley señala que la conclusión del procedimiento conciliatorio por inasistencia de una parte a dos sesiones, inasistencia de ambas partes a una sesión y en los casos de conclusión por decisión debidamente motivada del conciliador (por advertir violación a los principios de la conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a firmar el Acta de conciliación) no produce la suspensión del plazo de prescripción contemplado en el artículo 19 de la Ley para la parte que produjo aquellas formas de conclusión del procedimiento. El artículo 23 del Reglamento precisa que en el caso de inasistencia de ambas partes a una sesión se produce la ineficacia de la suspensión del plazo de prescripción, es decir, se tiene por

(177) Código Civil peruano:
"Artículo 1994.- Se suspende la prescripción:
1. Cuando los incapaces no están bajo la guarda de sus representantes legales.
2. Entre los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad de gananciales.
3. Entre las personas comprendidas en el artículo 326. (Uniones de hecho)
4. Entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela.
5. Entre los incapaces y sus curadores, durante el ejercicio de la curatela.
6. Durante el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del curador de bienes, en los casos que procede.
7. Entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras estos continúen en el ejercicio del cargo.
8. Mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano".

(178) Código Civil peruano:
"Artículo 2005.- La caducidad no admite interrupción ni suspensión, salvo el caso previsto en el artículo 1994, inciso 8".

no suspendida debiendo añadirse al cómputo de los plazos el tiempo que se ha empleado para el desarrollo del procedimiento conciliatorio; mientras que en los demás casos (inasistencia de una parte a dos sesiones o en los casos de decisión debidamente motivada del conciliador por advertir violación a los principios de la conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a firmar el Acta de conciliación), y solo en caso de que quien no concurra o se ausente sea el solicitante, la prescripción reanuda su curso, adicionándose el tiempo transcurrido anteriormente, situación que no le alcanza al invitado.

3.3. Medidas cautelares fuera de proceso

Para el caso de medidas cautelares fuera de proceso, la conciliación no es exigible e manera previa. El artículo 11 del Reglamento, concordado con el artículo 636 del Código Procesal Civil, prescribe que cuando el intento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la calificación judicial de procedencia de la demanda, este deberá ser iniciado mediante la presentación de la solicitud de conciliación dentro de los cinco días hábiles a la ejecución de la medida cautelar presentada de manera previa a la demanda. La sanción por no cumplir con presentar la demanda dentro de este plazo es que la medida cautelar caduca de pleno derecho. Concluido el procedimiento conciliatorio sin acuerdo, se debe interponer la demanda dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde la fecha de expedición del acta, bajo apercibimiento de que se declare la caducidad de la medida cautelar.

3.4. Designación del conciliador

El artículo 12 de la Ley concordado con el artículo 15 del Reglamento señala que el centro de conciliación designa al conciliador extrajudicial dentro del día hábil siguiente de recibida la solicitud. Claro está que ambos artículos no determinan con exactitud quién es la persona encargada de designar al conciliador para cada caso, por lo que debemos acudir al artículo 48 k) del Reglamento, que señala que es una de las funciones del director de centro de conciliación designar para cada asunto al respectivo conciliador.

El Reglamento ha previsto en su artículo 20 que el conciliador puede abstenerse o ser recusado por las mismas causales de impedimento o recusación establecidas por el Código Procesal Civil, siendo que la solicitud de recusación al conciliador deberá ser presentada ante el centro de conciliación hasta 24 horas antes de la fecha de la audiencia. En este caso, el centro de conciliación designará inmediatamente a otro conciliador, debiendo de comunicar este hecho a las partes, manteniéndose el mismo día y hora fijado para la audiencia.

Asimismo, al momento de la designación del conciliador, el centro entregará al conciliador designado la copia de la solicitud de conciliación y de los documentos anexados. En este caso también el conciliador designado deberá expresar en el día si se encuentra incurso en algún impedimento para dirigir la conciliación.

3.4.1. Impedimento, recusación y abstención de conciliadores

El artículo 23 de la Ley y el artículo 20 del Reglamento prescriben que son aplicables a los conciliadores las causales de impedimento, recusación y abstención establecidas en el Código Procesal Civil. Así, los artículos 305, 307, 312 y 313 del Código Procesal Civil señalan taxativamente cuáles son esas causales y su aplicación de manera analógica en el caso de la labor de los conciliadores sería el siguiente:

- Los conciliadores se encontrarían impedidos de dirigir un procedimiento conciliatorio cuando hayan sido parte de manera anterior en un proceso; cuando él o su cónyuge o concubino, tiene parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o de adopción con alguna de las partes o con su representante o apoderado o con un abogado que interviene en el proceso; o cualquiera de ellos tiene el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes, o han recibido beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso.

- De manera más específica, el artículo 2 del Reglamento en su numeral f) referente al principio de neutralidad prescribe que "(...) el Conciliador debe en principio, abstenerse de conocer los casos en los que participan personas vinculadas a él o su entorno familiar, al personal del centro de conciliación, o en los que participen conciliantes con los cuales lo vincule parentesco, salvo que las partes soliciten expresamente la intervención de aquél (...)". Esto supone encontrarnos frente al caso de presentación conjunta de la solicitud de conciliación, en la que ambas partes de mutuo acuerdo solicitan además la designación de determinada persona como conciliador responsable de guiar el procedimiento conciliatorio, al conocerlo y tener más confianza en su desempeño eficiente.

- Las partes pueden solicitar la recusación del conciliador cuando este es amigo íntimo o enemigo manifiesto de cualquiera de las partes; o cuando él o su cónyuge o concubino o su pariente en la línea directa o en la línea colateral hasta el segundo grado, primero de afinidad o adoptado, tienen relaciones de crédito con alguna de las partes, salvo que se trate de persona de derecho o de servicio público; o cuando

él, su cónyuge o concubino son donatarios, empleadores o presuntos herederos de alguna de las partes; o haya intervenido en un proceso como apoderado, perito, testigo o defensor; o tenga un interés directo o indirecto en el resultado del procedimiento; o exista proceso vigente entre él o su cónyuge o concubino con cualquiera de las partes. Las partes también podrían solicitar la recusación del conciliador si este no cumple con su deber de abstención por causal de impedimento.

- Finalmente, de conformidad con el artículo 20 del Reglamento, la solicitud de recusación al conciliador, deberá ser presentada ante el centro de conciliación hasta 24 horas antes de la fecha de la audiencia. En este caso, el centro de conciliación asignará inmediatamente otro conciliador, manteniéndose el mismo día y hora fijado para la Audiencia.

Debemos tener muy presente que el artículo 26 del Reglamento señala que con posterioridad al procedimiento de conciliación, quien actuó como conciliador y los que brindan servicio de conciliación en el centro de conciliación que tramitó el caso respectivo, quedan impedidos de ser juez, árbitro, testigo, abogado o perito en el proceso que se promueva como consecuencia de la audiencia de conciliación que haya culminado con o sin participación de las partes. Como puede apreciarse, la prohibición abarca no solamente al conciliador designado para el caso concreto, sino a todo el personal que labora en el centro de conciliación, sin importar el tipo de conclusión del procedimiento. Existe una gran diferencia con la redacción original de este artículo que preveía esta prohibición exclusivamente al conciliador designado y para los casos de conclusión del procedimiento con falta de acuerdo o acuerdo parcial, lo que suponía que la prohibición se aplicaba únicamente a aquellos casos con presencia de las partes. Por otro lado, la redacción original contemplaba la prohibición de ser asesor, algo que no ha previsto la actual redacción del artículo 26 que comentamos, por lo que podría darse la figura de asesorar a alguna de las partes en un eventual proceso judicial sin tener que participar como abogado patrocinante que sería labor de otra persona que acudiría al Poder Judicial; este tema merece una mejor atención, ya que podría dar la salida fácil a algunos malos elementos que podrían conocer de lo actuado en la audiencia y utilizarlo maliciosamente en un proceso del cual no participarían, al menos, de manera directa.

3.4.2. Análisis de la solicitud

Antes de continuar con el desarrollo del procedimiento conciliatorio, ahora bajo su mando, el conciliador deberá analizar la solicitud de conciliación

con la debida anticipación, según lo establece el artículo 43 numeral 2 del Reglamento de la Ley, y esto motivado por tres factores:

- **El conciliador debe culminar de manera efectiva con la calificación del expediente** que contiene a la solicitud de conciliación; esto en buena cuenta porque, a pesar de que existe exigencia por parte del artículo 48 del Reglamento de la Ley de Conciliación de que tanto el director del centro de conciliación así como el secretario general sean conciliadores a fin de garantizar mínimamente la labor de calificación de la solicitud, existiría la remota posibilidad que estos puedan admitir a trámite una solicitud que no verse sobre materia conciliable o que no cumpla con los requisitos exigidos por el marco legal. En caso de que se verifique esta situación se deberá poner fin al procedimiento conciliatorio mediante la expedición del Acta debidamente fundamentada.

- Una vez verificado que se trate de una materia conciliable, entonces deberá verificar que no exista ningún grado de parentesco o afinidad entre el conciliador y alguna de las partes, ya que esta situación podría afectar la imagen de imparcialidad y neutralidad que debe proyectar en todo momento y que es un imperativo en su desempeño como conciliador. En todo caso, deberá inhibirse o abstenerse de seguir conociendo el caso, comunicando su decisión en el día al director del Centro para que este proceda a designar a otro conciliador.

- Finalmente, y una vez verificado los dos puntos anteriores, entonces el conciliador recién podrá redactar las invitaciones para conciliar a efectos de que sean notificadas a las partes, así como podrá iniciar el análisis de la cuestión de fondo contenida en la solicitud, a efectos de ir generando opciones parciales de solución a la controversia, y decimos parciales ya que solo se cuenta hasta ese momento con el punto de vista parcial del conflicto dada por la parte solicitante.

3.4.3. Co-conciliación

Si la complejidad del caso lo amerita, el conciliador designado puede solicitar al director del centro de conciliación la participación de otro conciliador (un co-conciliador), a fin de que lo asista en el desarrollo del procedimiento conciliatorio, según lo señala la segunda parte del numeral 2 del artículo 43 del Reglamento. Claro está que ni la Ley ni el Reglamento señalan cual es el procedimiento a seguir, por lo que debemos acudir a la teoría, la cual señala una serie de pautas a tenerse presentes al momento de trabajar en esquema de co-conciliación, también conocida como **conciliación en equipo**.

Los conflictos que se presentan al interior de un procedimiento conciliatorio muchas veces poseen varias aristas, así, podemos apreciarlos desde un lado emocional, técnico o legal, etc. Es raro que los conciliadores individuales cuenten con capacitación multidisciplinaria, experiencia o conocimiento para abarcar completamente los aspectos emocionales, legales y/o técnicos que intervienen en algunos casos. De ahí que en algunos casos se hace imperativo el uso de la co-conciliación, que representa la oportunidad para la combinación de servicios de distintas disciplinas y la fusión de conocimientos aislados de los profesionales que participan de la co-conciliación. Esto ofrece una gran ventaja cuando se trata, por ejemplo, de un conflicto familiar con fuertes emociones entre las partes recurrente, ya que mientras un conciliador se concentra en el contenido de los hechos materia de la desavenencia y a su posible análisis legal, el otro ayuda a las partes a enfrentarse a las barreras de la comunicación propias de este tipo de conciliaciones además del alto contenido emocional que llevan las partes.

Pero la co-conciliación implica trabajar en equipo, es decir, se requiere de coordinación, oportunidad y práctica. Los co-conciliadores antes de trabajar juntos deben concederse el tiempo que sea necesario para conocer y reconocer sus puntos fuertes y sus puntos débiles así como los enfoques y técnicas que cada uno utiliza; de allí que también que sea necesario la empatía, ya que una co-conciliación mal manejada puede ser perjudicial, debiendo evitar que resulte evidente alguna discrepancia entre los co-conciliadores en presencia de las partes, lo cual limitaría enormemente su imagen de profesionalismo. En todo caso su empleo estará condicionado por la complejidad del caso y por el grado de colaboración y desempeño eficiente de los conciliadores como un grupo.

III. DEL EMPLAZAMIENTO

1. Las invitaciones para conciliar

Según lo disponen el artículo 12 de la Ley[179] y el artículo 15 del Reglamento[180], una vez recibida la solicitud de conciliación, verificada en sus

(179) Ley N° 26872, Ley de Conciliación:
"Artículo 12.- Procedimiento y plazos para la convocatoria.- Recibida la Solicitud, el centro de conciliación designará al conciliador al día hábil siguiente, teniendo este dos días hábiles a fin de cursar las invitaciones a las partes para la realización de la audiencia de conciliación.
El plazo para la realización de la audiencia no superará los siete días hábiles contados a partir del día siguiente de cursadas las invitaciones, debiendo mediar entre la recepción de la invitación y la fecha de audiencia no menos de tres días hábiles.
De no concurrir una de las partes, el conciliador señalará una nueva fecha de audiencia notificando en el acto a la parte asistente, respetando los plazos señalados en el párrafo anterior".

(180) Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo N° 014-2008-JUS:
"Artículo 15.- Designación del conciliador y actividad conciliatoria.- Recibida la solicitud de conciliación, se procederá de conformidad con el artículo 12 de la Ley, para lo cual el centro de conciliación designará

requisitos y designado el conciliador dentro del día hábil siguiente, este a su vez redacta las invitaciones para conciliar y las cursa a las partes dentro de los dos días hábiles siguientes invitándoles para la Audiencia de conciliación, la cual se debe realizar dentro de los siete días hábiles siguientes contados a partir del día siguiente de cursadas las invitaciones, debiendo mediar entre la recepción de la invitación y la fecha de audiencia no menos de tres días hábiles en concordancia con lo dispuesto por el artículo 147 del Código Procesal Civil[181].

Tenemos nuestras reservas respecto a la reducción de los plazos adoptados al interior del procedimiento conciliatorio, los que evidencian una mal entendida **celeridad procesal** y resultan muy cortos e insuficientes si los contrastamos con las exigencias formales que se han incorporado al acto de notificación de las invitaciones. En este sentido somos de la opinión de volver a adoptar los plazos originarios previstos en la redacción original de la ley, de cinco días hábiles para cursar las invitaciones para conciliar y de diez días hábiles para la realización de la Audiencia de conciliación.

Sobre las invitaciones para conciliar es necesario precisar que son documentos por medio del cual las partes que participan de un procedimiento conciliatorio –tanto solicitante como invitado– toman conocimiento de la fecha y hora de realización de la Audiencia de conciliación, así como de quién es el conciliador designado, por lo tanto su redacción se hace dirigida para ambas partes.

Reiteramos que la invitación para conciliar se redacta y se notifica tanto al solicitante como al invitado, por los siguientes motivos:

- En primer lugar, porque ni el solicitante ni el invitado saben quién es el conciliador designado para conducir el procedimiento de conciliación, y al enterarse ambos por medio de la invitación de quién será el conciliador designado podrían –eventualmente– pedir su recusación al poseer algún grado de parentesco o afinidad con alguna de las partes.

---

al conciliador hasta el día hábil siguiente, pudiendo ser designado el mismo día de recibida la solicitud de conciliación. El Conciliador designado será el encargado de elaborar las invitaciones para la audiencia las cuales deberán ser cursadas dentro de los dos días hábiles siguientes. Si la solicitud es presentada por ambas partes, la audiencia de conciliación podrá realizarse en el día siempre y cuando el centro de conciliación cuente con disponibilidad de salas y conciliadores para la realización de la misma. (...)".

(181) Código Procesal Civil:
"Artículo 147.- Cómputo.- El plazo se cuenta desde el día siguiente de notificada la resolución que lo fija y, cuando es común, desde la última notificación.
No se consideran para el cómputo los días inhábiles.
Entre la notificación para una actuación procesal y su realización, deben transcurrir por lo menos tres días hábiles, salvo disposición distinta de este Código".

- En segundo lugar, ambos toman conocimiento del día y hora señalados para la audiencia de conciliación, lo cual les permitirá adoptar las providencias del caso a fin de poder concurrir a la audiencia, claro está, si es que cada una de ellas lo desea.

- En tercer lugar, el invitado recibirá junto con la invitación para conciliar una copia simple de la solicitud y sus anexos, a fin de enterarse con mayor detenimiento de lo que pretende intentar resolver la parte solicitante sobre la base de la descripción de las controversias y la pretensión contenida en la solicitud.

2. Redacción de la invitación y su notificación

Debemos precisar que en la práctica cotidiana de los operadores conciliatorios se diferencia claramente la redacción de la invitación para conciliar y la posterior notificación de este a las partes, pero el mandato legal prescribe que ambos actos se realizan dentro del plazo máximo de dos días hábiles siguientes contados a partir de la fecha de designación del conciliador.

En lo que respecta a la redacción de la invitación para conciliar, en virtud a lo señalado por el artículo 44 numeral 3 del Reglamento, esta es función exclusiva del conciliador designado para cada procedimiento conciliatorio, siendo que redacta y además suscribe la invitación para cada una de las partes respetando los requisitos señalados en el artículo 16 del Reglamento así como los plazos legales.

Será función del secretario general del centro de conciliación notificar la invitación a conciliar, según se desprende de lo estipulado en el artículo 48, literal b) del Reglamento, debiendo cumplir con las formalidades que para el acto de notificación exige el artículo 17 del mismo Reglamento, bajo sanción de no surtir efecto, es decir, bajo sanción de nulidad no solo de la notificación, sino también del procedimiento conciliatorio mismo.

El artículo 17 del Reglamento[182] señala que el acto de notificación de las invitaciones será responsabilidad del centro de conciliación (entiéndase,

(182) Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS:
"Artículo 17.- De la Notificación de las invitaciones a conciliar.- La notificación de las invitaciones a conciliar será responsabilidad del centro de conciliación, que podrá contratar a una empresa especializada para estos fines debiendo verificar que esta cumpla con los requisitos de validez de la notificación bajo apercibimiento de no producir efecto alguno. La forma y los requisitos de la notificación de las invitaciones a conciliar son los siguientes:
a) Las invitaciones a conciliar deben ser entregadas personalmente al invitado, en el domicilio señalado por el solicitante.

del secretario general), y que podrá contratarse a una empresa especializada de mensajería para efectuar la notificación, debiendo cumplirse con las formalidades que para el acto de notificación señala el precitado artículo 17 del Reglamento bajo sanción de nulidad, a saber:

- Las invitaciones deben ser entregadas personalmente al invitado, en caso sea persona natural; en el caso de personas jurídicas se deberán entregar a sus representantes o dependientes debidamente identificados.

- Para todos los efectos, las notificaciones deben ser entregadas en el domicilio señalado por el solicitante.

- De no encontrarse al invitado, las invitaciones deberán ser entregadas a persona capaz, resultando inválida la recepción por parte de incapaces, como podría suceder en el caso de menores de edad.

- Se debe dejar constancia escrita del nombre, fecha, hora, firma e identificación del receptor de la invitación, así como del o los testigos del acto, de ser el caso. El artículo bajo comentario establece la posibilidad de que un notario público acompañe al notificador en el acto de notificación de la invitación a conciliar a fin de verificar su realización (que no es lo mismo que el diligenciamiento mediante notificación notarial que lo hace exclusivamente el personal de la notaría) haciéndose cargo del costo quien lo solicita.

---

b) De no encontrarse al invitado, se entregará la invitación a la persona capaz que se encuentre en dicho domicilio en caso sea persona natural. De tratarse de una persona jurídica se entenderá la notificación a través de sus representantes o dependientes, debidamente identificados.

c) En caso no pueda realizarse la notificación conforme a los literales a) y b) se dejará aviso del día y hora en que se regresará para realizar la diligencia de notificación. Si en segunda oportunidad tampoco se puede realizar la notificación se podrá dejar la invitación bajo puerta y se levantará un Acta donde deberá consignarse la imposibilidad de realizar la notificación de la invitación de acuerdo a los literales precedentes y las características del inmueble donde se dejó la invitación, fecha, hora, así como el nombre, número de documento de identidad y firma de la persona que realizó el acto de notificación bajo esta modalidad, incorporando, de ser posible, la participación de un testigo debidamente identificado que corrobore lo manifestado por el notificador.

Es responsabilidad y obligación del centro de conciliación verificar que en el cargo de la notificación de la invitación a conciliar a los que hacen referencia los párrafos a) y b) se deje constancia escrita del nombre, fecha, hora, firma e identificación del receptor de la invitación, así como del o los testigos del acto, de ser el caso.

Podrán acompañar en el acto de notificación de la invitación a conciliar un notario público haciéndose cargo del costo quien lo solicita.

El centro de conciliación, en caso de concluir el procedimiento conciliatorio por dos inasistencias de una de las partes a dos sesiones o por una inasistencia de ambas partes, previamente a la elaboración del Acta, deberá incluir certificación expresa de haber realizado las notificaciones de acuerdo a lo señalado en los párrafos precedentes del presente artículo".

- De manera similar a lo dispuesto en el artículo 161 del Código adjetivo, si no se pudiera entregar la notificación por no encontrarse el invitado o no encontrar persona capaz que pudiera recibirla en su nombre, se establece la obligación de dejar un **aviso**, señalando la fecha y hora en que se retornará para notificar la invitación. Debe precisarse que el posterior acto de notificación se tiene que realizar dentro de los dos días hábiles contados desde la fecha de designación del conciliador, por lo que si se espera hasta el segundo día hábil para notificar, ante la imposibilidad antes señalada se deberá retornar ese mismo día, puesto que postergarlo para otro día implica notificar excediéndose el plazo legal y la consiguiente nulidad del acto.

- Si al retornar el notificador en la fecha y hora señalada en el *aviso* persiste la imposibilidad de notificar al invitado, recién se podrá dejar la notificación bajo puerta, debiendo expedirse una constancia indicando este hecho así como las características del inmueble donde se dejó la invitación, fecha, hora, así como el nombre, número de documento de identidad y firma de la persona que realizó el acto de notificación bajo esta modalidad, incorporando, de ser posible, la participación de un testigo debidamente identificado que corrobore lo manifestado por el notificador.

No se ha contemplado en el texto legal que debe hacerse en caso de negativa a recibir la invitación o por indicarse que el invitado no domicilia en el lugar señalado por el solicitante, debiendo asumir que el responsable de la notificación deberá dejar un **aviso** y retornar dentro del plazo legal, y de persistir la situación entonces dejará la notificación bajo puerta, dejando constancia escrita de este hecho. Tampoco se ha contemplado el procedimiento a seguir en el caso de que el domicilio del invitado señalado por el solicitante no exista, ya sea porque no se ha verificado su existencia o por error tipográfico en su consignación, en este caso deberíamos asumir que al tener que cumplirse con el mandato de notificar en el domicilio consignado por el solicitante, deberá culminarse el procedimiento mediante un acta de conclusión fundamentada señalando la inexistencia del domicilio del invitado.

3. Contenido de las invitaciones

Según el artículo 16 del Reglamento, las invitaciones deberán redactarse en forma clara, sin emplear abreviaturas y contendrán:

1. El nombre, denominación o razón social de la persona o personas a invitar y su domicilio.

2. La denominación o razón social y dirección del centro de conciliación.
3. El nombre, denominación o razón social y dirección del solicitante de la conciliación.
4. El asunto sobre el cual se pretende conciliar.
5. Copia simple de la solicitud de conciliación y sus anexos.
6. Información relacionada con la conciliación en general y sus ventajas en particular.
7. Día y hora para la Audiencia de conciliación (que es la fecha y hora de realización de la Audiencia de conciliación, y que se debe fijar solo la fecha de la sesión que corresponda).
8. Fecha de la invitación (que es la fecha en que se ha redactado la invitación).
9. Nombre y firma del conciliador

Adicionalmente, se deberá consignar obligatoriamente la indicación pertinente para que en el caso de personas analfabetas o que no puedan firmar, estas comparezcan acompañadas de un testigo a ruego. De manera similar, las invitaciones deben consignar que se debe concurrir a la audiencia con el documento de identidad y con el documento que acredite la representación, en el que se consigne literalmente la facultad de conciliar extrajudicialmente y de disponer del derecho materia de conciliación, entregando copia de estos documentos –que debe ser legalizada o certificada en el caso de representación– al centro de conciliación.

La labor del conciliador se simplifica al momento de redactar las invitaciones para conciliar, ya que como ya se indicó anteriormente, existe un Formato de Invitación para Conciliar –el denominado Formato A– el cual fue aprobado mediante Resolución Ministerial Nº 235-2009-JUS, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de diciembre de 2009 y que contiene todos estos requisitos.

IV. LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

1. Plazo de inicio

La Audiencia de conciliación debe realizarse dentro de los siete días hábiles contados a partir del día siguiente de cursadas las invitaciones, debiendo mediar entre la recepción de la invitación y la fecha de audiencia no menos de

tres días hábiles, según lo dispone el segundo párrafo del artículo 12 de la Ley. Debe considerarse que, eventualmente, puede existir la figura de una segunda notificación de la invitación debido a la inasistencia de una de las partes a la primera fecha de convocatoria y que obliga al conciliador a reiterar la invitación por segunda vez a aquella parte que no asistió, así, si una de las partes no concurre el conciliador señalará una nueva fecha de audiencia notificando en el acto a la parte asistente, respetando los plazos mínimos de tres días hábiles y máximos de 7 días hábiles señalados anteriormente.

Consideremos que no siempre se va a poder iniciar la audiencia de conciliación, puesto que para ello se requiere de la concurrencia de ambas partes, situación que a veces no se presenta a pesar de contar con un **régimen de obligatoriedad de concurrencia**, el mismo que impone sanciones a las partes que no concurren al inicio de la audiencia[183]. Por ello el artículo 21 del Reglamento señala una serie de pautas procedimentales a seguir en el desarrollo de la Audiencia de conciliación, a saber:

- Si ninguna de las partes concurre a la primera sesión, no debe convocarse a más sesiones, dándose por concluido el procedimiento de conciliación mediante la expedición de un acta por inasistencia de ambas partes.

- Cuando solo una de las partes (solicitante o invitado) concurre acude a la primera sesión, deberá convocarse a una segunda; para tal efecto se deberá elaborar una constancia de asistencia con la parte concurrente (ver Formato D, Formato Tipo de Constancia de Asistencia e Invitación para Conciliar, aprobado por Resolución Ministerial Nº 235-2009-JUS), señalando nueva fecha y hora de realización de la audiencia, precisando que la sola firma de la parte concurrente significa que se da por notificada para la siguiente sesión, debiéndose cursar una segunda invitación para conciliar dirigida a la parte que no concurrió a la audiencia. Si la situación persiste en la segunda sesión, el conciliador deberá dar por concluida la audiencia y el procedimiento

(183) Recordemos que este régimen señala que si la parte demandante de manera previa a interponer su demanda no solicita la conciliación, o habiéndola solicitado no concurre a la audiencia de conciliación, o se retira de la audiencia provocando la conclusión del procedimiento, entonces la sanción será la declaración de improcedencia de la demanda interpuesta (art. 6 de la Ley de Conciliación). En el caso del demandado, si la materia fuere conciliable y no acredita haber concurrido a la audiencia de conciliación respectiva, la sanción será la prohibición de presentar reconvención (art. 15 de la Ley de Conciliación). Se incorpora la presunción legal relativa de verdad de los hechos expuestos por el solicitante o por el invitado, en caso de inconcurrencia de la contraparte (art. 15 de la Ley). Adicionalmente, se obliga a los jueces a imponer en el proceso una multa no menor de dos ni mayor de diez unidades de referencia procesal a la parte que no haya concurrido a la audiencia de conciliación extrajudicial (art. 15, *in fine*, de la Ley).

de conciliación mediante la expedición de un acta por inasistencia de una de las partes a dos sesiones.

- De idéntica forma, cuando cualquiera de las partes (solicitante o invitado) deja de asistir a dos sesiones alternadas o consecutivas, el conciliador deberá dar por concluida la audiencia y el procedimiento de conciliación mediante la expedición de un acta por inasistencia de una de las partes a dos sesiones.

- Si se cuenta con la concurrencia de las partes a la audiencia de conciliación y ambas deciden postergarla para otra sesión, deberá dejarse expresa constancia de la interrupción en la constancia respectiva, que inapropiadamente el reglamento denomina **Acta**[184], (ver Formato E, Formato Tipo de Constancia de Suspensión de Audiencia de Conciliación, aprobado por Resolución Ministerial Nº 235-2009-JUS), señalándose el día y la hora en que continuará la audiencia, entendiéndose que la sola firma de las partes en esta constancia de suspensión significa que han sido debidamente invitadas para la siguiente sesión, haciendo innecesario el cursar nuevas invitaciones para conciliar.

- Cuando las partes asisten a la audiencia de conciliación, si al final de aquella las partes manifiestan su deseo de no conciliar, entonces la audiencia y el procedimiento de conciliación deben darse por concluidos mediante la expedición del acta de conciliación por falta de acuerdo.

2. Plazo de realización

El artículo 11 de la Ley señala que el plazo de la Audiencia única de Conciliación podrá ser de hasta treinta días calendario –se computan incluso los días feriados o inhábiles– contados también a partir de la fecha de la primera sesión realizada. Como podemos advertir, la fecha de la primera sesión será el punto de referencia para iniciar el cómputo de los plazos de inicio y conclusión de la realización de la Audiencia de conciliación, que es una sola pero puede realizarse en una o varias sesiones.

(184) Somos partidarios de corregir el término que emplea el Reglamento, procediendo a denominar a este documento **constancia**, ya que el término **acta** podría inducir a la equivocada idea de que se pueden redactar varias actas de conciliación conteniendo acuerdos parciales, cuando la verdad es que el acta con acuerdo o no se redacta al final del procedimiento, y esta **acta** a la que se menciona hace referencia a un documento formal por el cual se deja constancia de la asistencia de una o ambas partes, la suspensión de la audiencia y el señalamiento de una nueva fecha y hora para la realización de la audiencia de conciliación.

Este plazo de realización de la Audiencia puede ser prorrogado por acuerdo de las partes. Esto se refiere al plazo de duración de la Audiencia de conciliación si esta se realizara en más de una sesión y que las partes pueden exceder estos treinta días si es su deseo de seguir participando de la realización de la Audiencia de Conciliación. Al no existir un plazo máximo a esta prórroga podríamos encontrarnos ante procedimientos conciliatorios que tendrían una duración indefinida, ya que dependerían de la coincidencia de la voluntad de las partes en cuanto a la duración de la prórroga, aunque algunos autores han hecho notar que la prolongación del plazo de la Audiencia de conciliación no debería haber quedado al solo albedrío de las partes y que en dicha prórroga el conciliador deberá apreciar si realmente la prórroga será de utilidad o será utilizada simplemente como medida dilatoria por alguna de las partes.

GRÁFICO
EJEMPLO DE CÓMPUTO DE PLAZOS DEL PROCEDIMIENTO

Plazo mínimos y máximos del procedimiento conciliatorio						
Domingo	Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado
	01	02	03 Solicitud	04 Designación	05	06
07	08	09	10 Redacción y Verificación	11	12	13
14	15	16 Plazo Mínimo Audiencia	17	18	19 Plazo Máximo Audiencia	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30	31			

3. La apertura dialogada (monólogo)

Puede darse la posibilidad de no contar con la presencia de las partes durante el desarrollo del procedimiento conciliatorio, y en consecuencia no siempre se podrá iniciar el proceso de comunicación entre el conciliador y las partes, sino que más bien el procedimiento conciliatorio se transformará en un requisito de procedibilidad que las partes deberán cumplir antes de interponer la respectiva demanda. Así, en las ocasiones en las cuales el conciliador tenga la oportunidad de tener frente a sí a ambas partes, el conciliador debe tener

presente que en la mayoría de las veces estas desconocen en qué consiste el procedimiento conciliatorio y que ventajas les ofrece.

En esta parte el conciliador deberá cumplir con dos funciones básicas: informar respecto de las características del procedimiento así como motivar respecto de la utilidad del mismo, y debe hacerlo de una manera cordial y natural, con el objetivo de lograr una eficiente introducción a la comunicación verbal.

Así, el artículo 43 numeral 3 del Reglamento señala esta obligación legal que el conciliador debe cumplir una función de informar a las partes sobre el procedimiento de conciliación, su naturaleza, características, fines y ventajas; Así mismo, deberá señalar a las partes las normas de conducta que deben observar. El conciliador se convierte en este momento en una persona que informa a las partes de las características propias del procedimiento conciliatorio, de sus ventajas, de los derechos y deberes de las partes, de las prohibiciones, los límites de su actuación y, en definitiva, intentar por un lado crear la confianza en su figura de tercero imparcial y neutral capacitado en el manejo de situaciones conflictivas; y por otro lado, generar la expectativa en cuanto al procedimiento a seguirse, el cual no será el remedio universal a todos los males, pero que debe verse como una oportunidad de resolver amigablemente la controversia.

Estos pasos son conocidos como **apertura dialogada**, aunque otros autores insisten en emplear denominaciones tales como **discurso de apertura**, **discurso inicial**, aunque es conocido comúnmente como **monólogo**, y que es la herramienta principal del conciliador y una de las pocas oportunidades con que cuenta para intentar generar en las partes confianza hacia su persona y esperanza respecto de la utilidad del proceso. Es quizá el momento en que aflora con más fuerza su estilo y la personalidad del conciliador. Comenzará a mostrar su capacidad de comunicarse y transmitir a las partes la idea de que entre todos intentarán solucionar el problema.

4. Sesiones conjuntas y privadas

Como ya se indicó anteriormente, la Audiencia de conciliación es una y comprende la sesión o sesiones necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la ley, según lo dispone el artículo 10 de la Ley, y eventualmente se pueden convocar a sesiones privadas o *caucus*[185] con cada una de las partes.

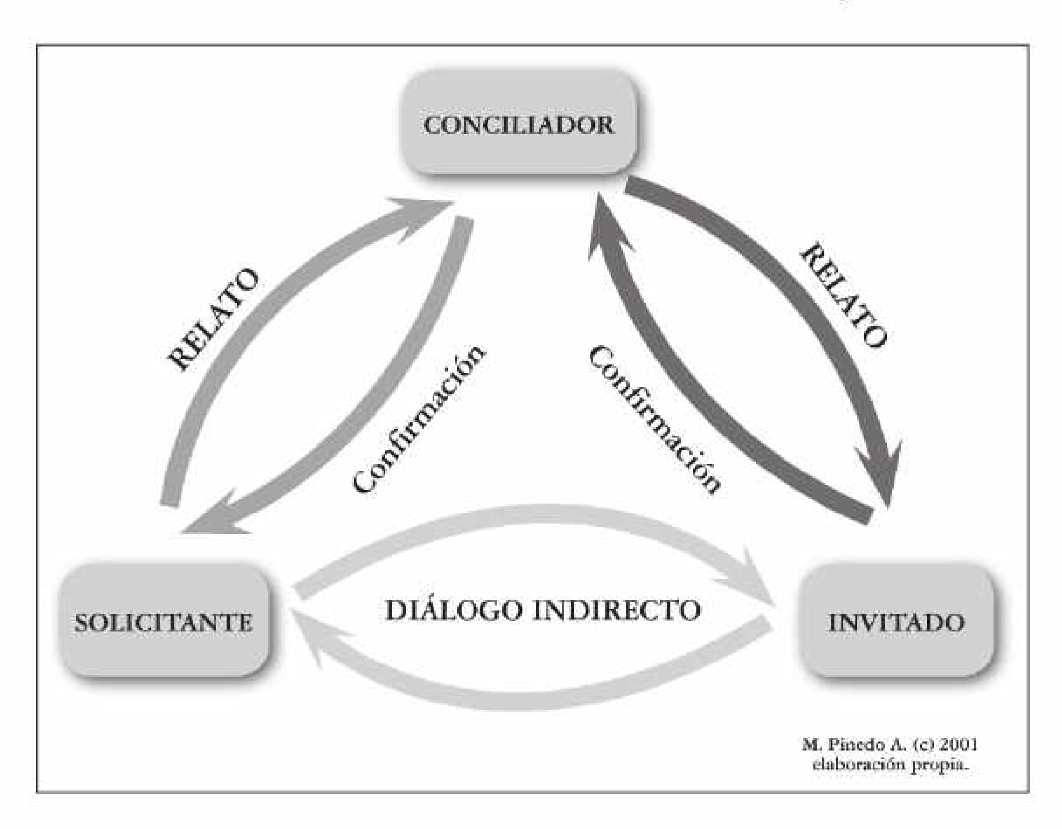
(185) El término *caucus* no está admitido por la Real Academia Española, se trata de una voz propia del inglés americano. El *Diccionario Collins* lo relaciona con una voz del idioma algonquino, una nación india norteamericana, que significa "reunión de jefes de tribu" y hace referencia a la realización de una reunión privada o secreta. Existe abundante documentación donde parece tener distintos significados como reunión, congreso, conversación, debate, según los contextos. En el argot aceptado por los conciliadores, se acepta

Las sesiones se desarrollan normalmente de manera conjunta, es decir, con presencia simultánea del conciliador y las partes, en la cual intentarán mantener un esquema de comunicación entre ellas, iniciando un diálogo directo de tipo parte-conciliador en el cual cada una de las partes expondrá al conciliador su punto de vista de la controversia a fin de que este tome conocimiento más profundo del problema y al final de dicho relato el conciliador confirmará la real comprensión de lo expresado por esta parte, pero también surge un diálogo indirecto parte-parte en el cual, y de manera indirecta, cada parte se informe del punto de vista de su contraparte, operando una especie de **triangulación del diálogo**, ya que una parte expresa al conciliador su punto de vista de la controversia, pero al estar presente la otra parte esta tiene la oportunidad de escuchar sin interferencias ese mismo relato, y viceversa (ver gráfico).

Excepcionalmente, y si la situación lo amerita, el conciliador o cualquiera de las partes puede solicitar la realización de una sesión privada o *caucus*, en la cual se deberá reunir de manera privada con cada una de las partes por separado, y esto motivado ya sea por considerar que durante el desarrollo de la sesión conjunta no se ha podido restablecer el proceso de comunicación debido a la presencia de una alta carga emotiva, siendo necesario llegar a desapasionar y calmar a cada una de las partes por separado; o bien, porque desea obtener información vital para una mejor comprensión del conflicto que difícilmente puede ser manifestada por una parte en presencia de la otra. En cualquiera de estos casos, la labor del conciliador se reduce a reunirse con ambas partes y en un tiempo proporcionalmente igual, a fin de evitar dañar su imagen de imparcialidad y neutralidad; por otro lado, debe mantener el cumplimiento del principio de confidencialidad, al estar obligado a confirmar al momento de finalizar la sesión privada con cada una de las partes acerca de lo que puede utilizar en la sesión conjunta de lo manifestado en la sesión privada, ya que si no se hace esto, deberíamos entender que nada de lo dicho en la sesión privada podrá utilizarse al estar protegido por el principio de confidencialidad.

pacíficamente que es sinónimo de sesión privada, que es la que eventualmente realiza el conciliador por separado con cada una de las partes, como parte del procedimiento conciliatorio.

GRÁFICO
TRIANGULACIÓN DEL DIÁLOGO EN UNA SESIÓN CONJUNTA



5. Concurrencia de las partes

5.1. Concurrencia personal y casos de representación[186]

El primer párrafo del artículo 14 de la Ley señala que la concurrencia a la Audiencia de Conciliación es personal, salvo las personas que conforme a ley deban actuar a través de representantes legales. Al ofrecer el procedimiento conciliatorio la posibilidad de efectuarse concesiones recíprocas entre las partes, el legislador ha preferido restringir la figura de la representación, señalando que la regla general será la de la concurrencia personal de las partes a la audiencia y, por excepción, admite la posibilidad de que sean los representantes los que puedan apersonarse a la audiencia de conciliación.

(186) Sobre la crítica que hemos efectuado respecto de la deficiente regulación de la representación en el procedimiento conciliatorio se puede consultar nuestro artículo: "Ya tengo el poder, pero en la conciliación no voy a poder". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 102, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2009, pp. 271-278.

En la conciliación extrajudicial, la representación supone la declaración de voluntad del representante que interviene a nombre, por cuenta y en interés del representado, surtiendo su declaración efectos directos respecto del representado.

5.1.1. Personas naturales

La regla general es la concurrencia personal, permitiéndose la concurrencia mediante representante solo en los casos debidamente acreditados de: i) incapacidad física temporal o permanente, o ii) cuando se domicilia fuera del distrito conciliatorio. Fuera de estos supuestos –que deben estar perfectamente acreditados mediante certificado médico, certificado domiciliario o constancia de movimiento migratorio– no se permite la participación mediante representante. Encontrándose habilitado para actuar mediante representante, el poder debe ser otorgado mediante escritura pública, con facultades para conciliar extrajudicialmente, disponer del derecho materia de conciliación y ser invitado al procedimiento conciliatorio. Por otro lado, debemos entender que la representación para personas naturales, que normalmente se efectúa a nivel procesal a través del conocido **poder para litigar**, no surte efectos ni es válido en un procedimiento conciliatorio cuando el solicitante y el invitado domicilian en el mismo distrito conciliatorio y no presentan ningún impedimento físico, siendo que en estos casos será de exigencia obligatoria la concurrencia personal de las personas naturales.

5.1.2. Personas jurídicas

Las personas jurídicas se apersonarán a la Audiencia de conciliación a través de sus representantes legales en el país, bastando exhibir el documento donde conste la designación, debidamente inscrita en Registros Públicos y con el certificado de vigencia de poder respectivo. El artículo 13 del Reglamento complementa agregando que el gerente general o los administradores de las sociedades reguladas en la Ley General de Sociedades (sociedad anónima, sociedad colectiva, sociedades en comandita, sociedad comercial de responsabilidad limitada y sociedades civiles); así como el administrador, representante legal o presidente del Consejo Directivo de las personas jurídicas reguladas en la Sección Segunda del Libro I del Código Civil (asociación, fundación y comité), tienen, por el solo mérito de su nombramiento, la facultad de conciliar extrajudicialmente. La representación se acredita con la copia notarialmente certificada del documento donde conste el nombramiento, debidamente inscrito.

5.1.3. Incapaces absolutos y relativos

Por su parte, cuando se trate de derechos y bienes de incapaces absolutos o relativos, la conciliación se encuentra prohibida de realizarse, conforme a lo

estipulado en el literal c. del artículo 7-A de la Ley, salvo los casos de menores de edad que sean padres de familia y actúen como representantes de sus hijos en temas de alimentos, régimen de visitas y tenencia. Recordemos que en los casos de incapaces absolutos y relativos, los eventuales actos de disposición de los derechos y bienes de los incapaces por parte de sus representantes requieren de manera forzosa de una autorización judicial, con lo cual resultaría iniciar un trámite previo al judicial si es que al final de cuentas se requerirá de la autorización judicial para convalidar un acto extrajudicial.

6. Participación de terceros (asesores, especialistas y testigos a ruego)

Si bien es cierto que la presencia de las partes es estrictamente personal, el Reglamento en su artículo 21 numeral 1 menciona la posibilidad de que las partes puedan estar asesoradas por personas de su confianza o especialistas que coadyuven al logro de la conciliación, siendo que la participación de estos **asesores** o **especialistas** tiene por finalidad brindar información especializada a las partes, a fin de que estas tomen una decisión informada, no debiendo de interferir en las decisiones de las partes ni asumir un rol protagónico durante las discusiones que se promuevan en la audiencia de conciliación. Debe asumirse que los asesores pueden ser cualquier tipo de personas, sean letradas o no, que acompañarán a la parte conciliante, con lo cual se admite que las partes puedan asistir a la Audiencia de conciliación con un abogado –por ejemplo– que ejercerá el rol de ser asesor legal, pero también abre la posibilidad de que esta persona pueda ser cualquiera, sin importar el grado de instrucción, sino más bien el grado de confianza entre ellas. La diferencia del **asesor** con el **especialista** radica en que el primero es cualquier persona que inspire confianza a la parte que acompaña, mientras que se puede colegir que el segundo es una persona versada en determinada especialidad técnica o profesional y que su apoyo reside en su formación académica o práctica aplicable a la apreciación de determinado tema.

Como vemos, el rol del asesor dentro de una audiencia de conciliación extrajudicial es particularmente específico y limitado. Decimos esto ya que por un lado el artículo bajo comentario señala taxativamente cuál es su función, que tiene por única finalidad brindar información especializada a la parte asesorada para que esta tome una decisión informada, lo que podría entenderse también como el hecho de ayudar a la parte que asesora a evaluar todas y cada una de las opciones de solución que se elaboren al interior de la audiencia y ver la conveniencia o no de adoptar dichas propuestas y su forma de redacción en el acta final; por otro lado, se está limitando su accionar al prescribir que **el asesor no deberá interferir en las decisiones de las partes ni asumir un rol protagónico durante las discusiones que se**

promuevan en la Audiencia de conciliación, ya que en última instancia quienes toman la decisión serán las partes –y no los asesores– y son estas las que van a intentar restablecer el proceso de comunicación roto por el conflicto, es decir, son las partes y el conciliador los que van a comunicarse y tener derecho a intervenir en el momento acordado.

Esto último debe entenderse como que los asesores tienen derecho a estar presentes en las audiencias, pero sin tener derecho a voz. Claro está que esto puede admitir ciertas excepciones, como por ejemplo, cuando nos encontremos ante situaciones en que los asesores intervienen en un momento determinado de la audiencia para poder explicar con mayor detenimiento algún aspecto técnico, o para poder complementar lo dicho por sus asesorados, siendo requisito indispensable que el asesorado manifiesta su intención de que sea el asesor el que haga uso de la palabra en su representación, como podría suceder en un caso en que el gerente de una empresa otorgue el uso de la palabra a su contador para que sea este quien explique cómo fue que se calculó tal o cual porcentaje de interés. Lógicamente que esta disposición no impide que el asesor hable con su asesorado, para lo cual el conciliador deberá velar porque estos diálogos entre asesor y asesorados no interfieran la dinámica propia de toda audiencia de conciliación.

Debemos suponer que cada parte tiene derecho a asistir a la audiencia de conciliación con un asesor, aunque el Reglamento no establece un límite en cuanto al número máximo de asesores que pueden concurrir para asistir a cada una de las partes, aunque se deberá velar por mantener cierta proporcionalidad y equilibro en cuanto al poder de cada una de las partes y que podría aumentar o disminuir dependiendo de la cantidad de asesores que se encuentren presentes para respaldar su posición.

Por otro lado, el numeral 1 del citado artículo 21 del Reglamento también contempla la participación de **testigos a ruego**, para el caso de personas analfabetas o que por cualquier circunstancia se encuentren impedidas de firmar. En estos casos, el testigo a ruego es designado por la parte respectiva y deberá concurrir a la audiencia y suscribir el acta de conciliación en señal de conformidad bajo sanción de nulidad.

7. Desarrollo de la audiencia

Si bien es cierto que el Reglamento señala en su artículo 21 una serie de pautas que deben tenerse en cuenta al momento de realizarse la audiencia de conciliación, así como los artículos 42 y 43 mencionan funciones a cumplirse por todo conciliador, el artículo 44 menciona sus obligaciones y el artículo 45

los límites en el ejercicio de la función conciliadora, no se especifica de manera detallada cuáles son las posibles tareas a desarrollarse al interior de la audiencia de conciliación ni el orden de efectuarlas. De manera resumida diremos que, en principio, toda audiencia de conciliación efectiva debería transitar por los siguientes pasos:

- Presentación del conciliador y de las partes.
- Apertura dialogada.
- Exposición de la controversia desde el punto de vista del solicitante.
- Parafraseo o confirmación de lo escuchado por parte del conciliador.
- Exposición de la controversia desde el punto de vista del invitado.
- Parafraseo o confirmación de lo escuchado por parte del conciliador.
- Sesiones privadas con cada una de las partes (facultativo)
- Identificación de los problemas centrales (agenda) y de los intereses de las partes.
- Generación de opciones (lluvia de ideas)
- Toma de decisiones
- Suscripción del Acta de conciliación conteniendo el Acuerdo conciliatorio.

V. CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN

El artículo 15 de la Ley establece las formas de conclusión del procedimiento conciliatorio y que generan a su vez las formas de actas de conciliación respectivas a expedirse al finalizar el procedimiento conciliatorio. Estas formas de conclusión son las siguientes:

1. Acuerdo total de las partes

Cuando las partes se han puesto de acuerdo respecto de todos los puntos relativos a su conflicto de intereses y señalados como tales en la solicitud de conciliación y a lo largo del procedimiento conciliatorio, es decir, cuando se han resuelto todas las pretensiones determinadas y las eventuales pretensiones determinables que se hubieran incorporado dentro del procedimiento.

2. Acuerdo parcial de las partes

Cuando las partes se han puesto de acuerdo respecto de alguno o algunos de los puntos controvertidos, dejando otros sin resolver. Debemos precisar que el acuerdo parcial no se refiere a la pluralidad de sujetos, en los se llegan a acuerdos conciliatorios solo entre algunos de ellos.

3. Falta de acuerdo entre las partes

Cuando las partes asisten a la primera sesión, el conciliador debe promover el diálogo y eventualmente proponerles fórmulas conciliatorias no obligatorias. Si al final de dicha sesión o de las que resultare pertinente convocar, las partes manifiestan su deseo de no conciliar, la Audiencia y el procedimiento de conciliación deben darse por concluidos.

4. Inasistencia de una parte a dos sesiones

Cuando solo una de las partes acude a la primera sesión –sea esta solicitante o invitado–, deberá convocarse a una segunda sesión. Si la situación persiste en la segunda sesión, deberá darse por concluida la Audiencia y el procedimiento de conciliación.

5. Inasistencia de ambas partes a una sesión

Si ninguna de las partes (solicitante o invitada) acude a la primera o a cualquier sesión, no debe convocarse a más sesiones, dándose por concluido el procedimiento de conciliación.

6. Decisión debidamente motivada del conciliador en audiencia efectiva, por advertir violación a los principios de la conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a firmar el acta de conciliación

En este caso, nos encontramos ante la posibilidad de concluir el procedimiento conciliatorio por causales totalmente distintas a las antes mencionadas. El problema es que exige que nos encontremos frente a la concurrencia de la totalidad de las partes conciliantes en lo que se conoce como **audiencia efectiva**. Pero limita los casos de conclusión del procedimiento conciliatorio al retiro de alguna de las partes antes de la conclusión de la audiencia, o por negarse a firmar el acta o por advertir violación a los principios de la conciliación (como ocurre por ejemplo con el tema de la confidencialidad).

A continuación mencionaremos algunos casos que pueden presentarse y que no han sido contemplados por la normatividad:

- Los casos en los que se llega a un acuerdo amigable entre las partes después de la notificación de la invitación y antes de la fecha de realización de la audiencia, operando una especie de desistimiento de la pretensión por parte del solicitante.

- De manera similar al punto anterior, en los casos en los que opera una especie de desistimiento por parte del solicitante, el cual decide que no desea seguir con el procedimiento conciliatorio al advertir que su pretensión carece de amparo real, o porque sencillamente no existe controversia.

- En algunos casos, el conciliador puede advertir que se ha recepcionado una solicitud de conciliación que versa sobre una materia que no es conciliable, debiendo poner fin al procedimiento, bajo pena de ser sancionado.

- Cuando el conciliador advierta que en el procedimiento que se ha cometido o se intentó cometer delitos que atentan contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad sexual u otros que por su trascendencia social no deben ser privilegiados con la confidencialidad y que constituyen excepciones de su fiel cumplimiento.

En cualquiera de estas situaciones, debe tenerse presente que todo procedimiento conciliatorio debe concluir siempre con la redacción de un acta de conciliación, debiendo el conciliador ejercer su libertad de acción dentro de los límites señalados por la Ley, debiendo fundamentar con precisión la causa por la cual decidió poner fin al procedimiento conciliatorio.

Todos los puntos señalados deben considerarse como formas de conclusión del procedimiento de conciliación, por lo que sería conveniente ampliar las posibilidades de conclusión del procedimiento.

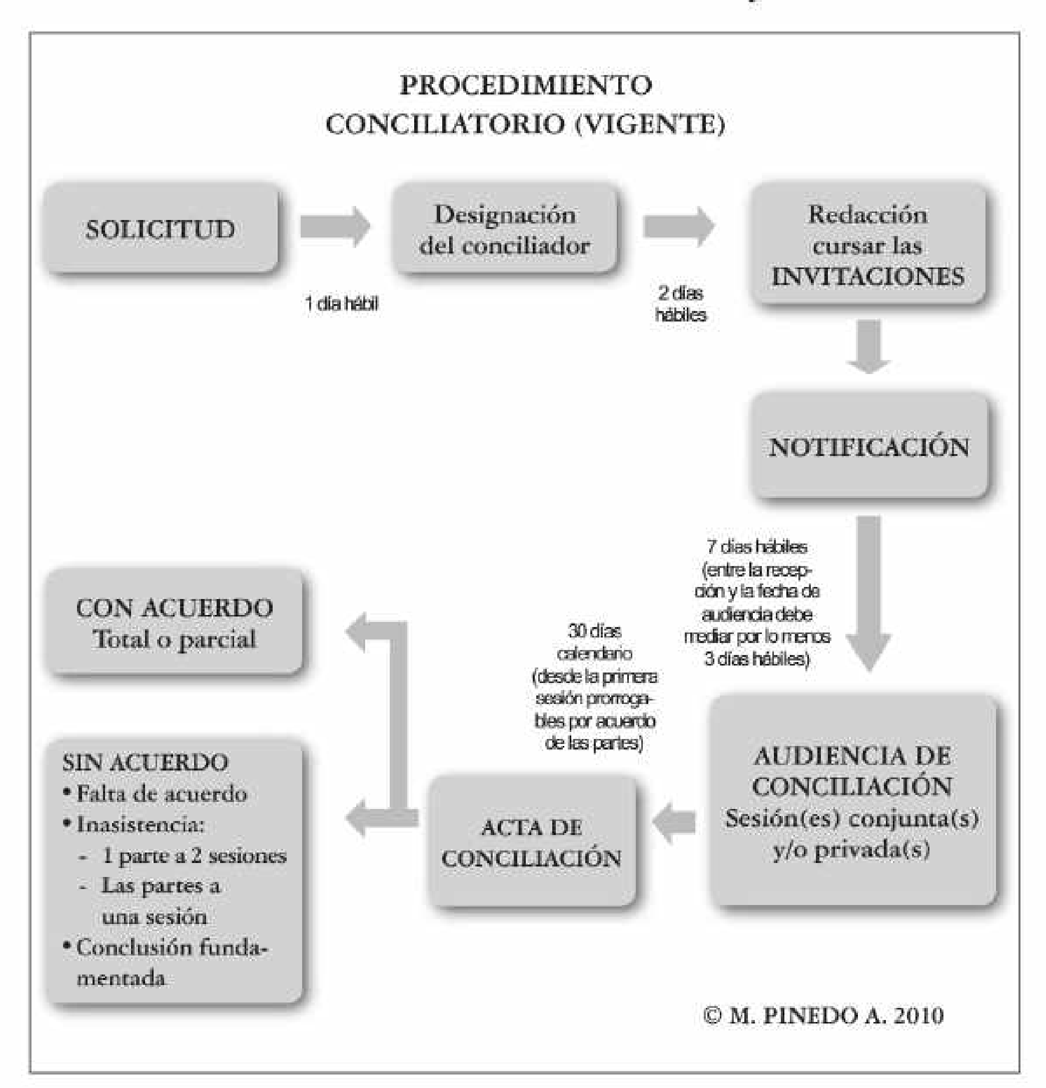
Punto importante es la cuestión referente al hecho que nada impide que habiéndose dado por terminada la conciliación, puede convocarse a una nueva, si es que las partes lo desean, lo que expresa un deseo de intentar hasta donde sea posible resolver la controversia en sede distinta a la judicial.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Consideremos al procedimiento conciliatorio como el camino que recorren las partes para intentar encontrar al final del mismo al acuerdo conciliatorio. Este camino, que no está exento de escollos, lo recorren guiados por el conciliador, quien los anima a seguir caminando hasta el final; pero si bien es

cierto hemos presentado una **hoja de ruta**, este camino no siempre es igual, sino que siempre se hace sobre el andar de todos los participantes. Consideremos también que este camino a veces no se concluye, por múltiples factores que impiden lograr la coincidencia de las voluntades de las partes mediante el acuerdo, pero ello no debe ser impedimento para intentar recorrerlo las veces que sea necesario. Como dice Leo Buscaglia: "El intentar es arriesgarse a fallar. La persona que no arriesga nada, no hace nada, no tiene nada y es nada. Podrá evadir penurias y sufrimientos, pero no puede aprender, sentir, crecer, vivir, y querer".

GRÁFICO
PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL



CAPÍTULO VIII

ACERCA DEL EFECTO DE COSA JUZGADA DE LAS ACTAS DE CONCILIACIÓN



CAPÍTULO VIII

ACERCA DEL EFECTO DE COSA JUZGADA DE LAS ACTAS DE CONCILIACIÓN

"Prometemos según nuestras esperanzas y cumplimos según nuestros temores"

François de la Rochefoucauld

I. INTRODUCCIÓN

Cuando existe una controversia entre dos o más partes y se recurre al órgano jurisdiccional para que sea este a través del juez quien decida mediante la expedición de una sentencia al finalizar un proceso, vemos que con ella se cumple con la obligación de brindar tutela jurídica a los justiciables mediante la declaración de un derecho contenido en dicho pronunciamiento jurisdiccional. Pero si bien es cierto que se opta de manera recurrente por el proceso judicial como forma de resolver un conflicto entre dos esferas contrapuestas de intereses, también cabe que se solvente por obra de los propios litigantes; así el empleo de la autocomposición, que pertenece a la esfera de las decisiones individuales, pretende evitar el inicio del juicio o buscar apartarse de la vía jurisdiccional para ponerle término por otros medios distintos a los de la sentencia(187).

En este sentido, los objetos acerca de los que normalmente se trata en el proceso civil no exigen la vigencia en él de los principios de legalidad, necesidad e inmutabilidad, y ello permite, y aun aconseja muchas veces, que se prescinda del instituto del proceso, haciéndolo innecesario si las partes logran una avenencia o lo sustituyen por otro medio que puede ser más conveniente para el logro de la armonía y la paz jurídica. Así, el proceso civil se puede hacer innecesario por un resultado favorable en un intento previo de conciliación, siendo que el carácter fundamentalmente disponible de los derechos privados subjetivos no aconseja imponer como único medio de resolver las

(187) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Imprenta Universitaria, México, 1947, pp. 28-29.

discrepancias entre particulares la vía del proceso civil. **En cuanto a la eficacia procesal del convenio logrado en conciliación, existe una equiparación a una sentencia, en tanto que se puede ejecutar el convenio con arreglo a las normas sobre ejecución de sentencias**[188].

Debemos precisar que el acuerdo conciliatorio no solo se limita a contener de manera indubitable la función componedora de las partes, sino que este acuerdo debe contener ciertos elementos que lo tornen ejecutable debido a que goza de los *efectos* de una sentencia con la calidad de cosa juzgada, es decir, **el acuerdo se vuelve seguro para las partes, así como ejecutable,** pues **concluido un proceso, por medio de la conciliación, este se torna inamovible e inalterable, gozando de los efectos de una sentencia con la autoridad de cosa juzgada**[189].

En este sentido, el artículo 328 del Código Procesal Civil prescribe que **La conciliación** –refiriéndose a la conciliación procesal– **surte el mismo efecto que la sentencia que tiene la autoridad de la cosa juzgada**.

Pero hay que hacer el distingo en el sentido que las sentencias que ponen fin de manera definitiva al proceso poseen **autoridad de cosa juzgada**, mientras que el acto conciliatorio por el cual se evita el inicio de un proceso o se permite la conclusión de manera especial de un proceso tiene **efecto de cosa juzgada**. Por esta razón es totalmente válido analizar la institución de la cosa juzgada para determinar su grado de influencia en el acuerdo conciliatorio ya sea como forma especial de conclusión del proceso civil –refiriéndonos a la conciliación procesal o intra proceso– o como una forma de evitar el inicio de un juicio –para los casos en que se llegue a acuerdos vía conciliación extrajudicial, que hacen innecesario del inicio del mismo–.

II. LA COSA JUZGADA

En palabras de Monroy, si el fin abstracto del proceso es la paz social en justicia, tal encargo solo va a poder ser cumplido cuando las decisiones judiciales no admitan ningún cuestionamiento, y la decisión final que se obtenga en el proceso sea de exigencia inexorable. Esta calidad de indiscutibilidad y de certeza en su contenido es una autoridad intrínseca que acompaña a las resoluciones judiciales y recibe el nombre de **cosa juzgada**. Se precisa, además, que para que la autoridad de cosa juzgada acompañe a una resolución se

(188) PRIETO-CASTRO, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*. 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 418-422.

(189) ZEGARRA ESCALANTE, Hilmer. *Formas alternativas de concluir un proceso civil*. 2ª edición actualizada, Marzol Perú Editores, Trujillo, 1999, p. 128.

deben haber agotado todos los medios impugnatorios pasibles de ser deducidos contra ella, sea que se trate de una resolución inimpugnable o que haya transcurrido el plazo legal correspondiente sin haberse interpuesto impugnación alguna contra esta[190].

El aforismo *res judicata pro veritate habetur* –que puede ser traducido como **la cosa juzgada se tiene por verdad**–, nos lleva a señalar que la **cosa juzgada** es lo resuelto en juicio contradictorio, ante un juez o tribunal, por sentencia firme, contra la cual no se admite la interposición de recurso alguno, no cabiendo posibilidad de contradecirla judicialmente –salvo la **acción nulidad de cosa juzgada fraudulenta**–, poniendo fin a la polémica entre las partes y dando estabilidad jurídica a las resoluciones, de manera que la cuestión controvertida no pueda ser discutida de nuevo en ese proceso ni en otro y la parte cuyo derecho ha sido reconocido en la sentencia, pueda obrar en justicia, sin que ningún juez pueda desconocer su derecho reconocido. Se llega a afirmar que bien puede calificarse a la tesis de la **inmutabilidad y santidad de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada**, cualesquiera que fueran los vicios de que su dictado adoleciera, como mito propio de una ideología exacerbadamente individualista, siendo que en la eterna opción entre el valor seguridad y el valor justicia, debe prevalecer, a todo trance, el primero[191].

En definitiva, se suele afirmar que lo decidido en un proceso judicial por el magistrado a través de la expedición de una sentencia firme contra la cual no procede la interposición de recurso impugnatorio alguno posee la calidad de cosa juzgada y, por lo mismo, no puede pretenderse cuestionar dicha decisión jurisdiccional ni en ese proceso ni en ningún otro, no quedando otra alternativa que respetar y hacer cumplir la voluntad del juzgador expresada en la sentencia.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA COSA JUZGADA

Eduardo Couture señalaba que **la cosa juzgada es la autoridad** y **eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla.** Así, la cosa juzgada como **autoridad** es el atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo. La cosa juzgada como **eficacia** implica que la sentencia adquiere los caracteres de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad[192].

(190) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Temis, Bogotá, 1996, pp. 86-87.
(191) PEYRANO, Jorge W. . *El proceso civil: principios y fundamentos*. Astrea, Buenos Aires, 1978, pp. 171-247.
(192) Citado por Zegarra Escalante. Ob. cit., p. 128.

Entonces, podemos afirmar que "la cosa juzgada se asienta en dos principios: a) La extinción de la acción con su ejercicio, lo que impide su renovación en otro proceso, salvo disposición legal expresa; y b) La seguridad jurídica, a fin de dar estabilidad a las relaciones de Derecho. Por eso los efectos de la cosa juzgada obligan a toda autoridad y el artículo 139 de la Carta Política, en sus incisos 2 y 13, prohíbe dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada y revivir procesos fenecidos. De aquí sigue que son caracteres de la Cosa Juzgada, la inmutabilidad y la coercibilidad" (Cas. Nº 724-2006, Lambayeque). Por otro lado, "no debe confundirse la cosa juzgada con el principio de preclusión, por cuanto la primera está referida a la existencia de una sentencia definitiva o un auto que produzca estos efectos, en cambio la preclusión implica que transcurrido *(sic)* una etapa del proceso no se puede regresar a otra etapa, lo cual no impide que se pueda declarar de oficio la nulidad de los actos procesales cuando se advierte la existencia de nulidades insubsanables" (Cas. Nº 1195-2004, Ica).

1. Autoridad de cosa juzgada

La **autoridad de cosa juzgada** es la fuerza definitiva que la ley atribuye a la sentencia firme, bien por haberse dado el último recurso o por no haberse apelado dentro del término o por vicios de forma en la apelación, siendo que tal eficacia se revela entre las partes litigantes. Así, la sentencia judicial crea un estado de verdad judicial y de intangibilidad impugnatoria, y el fallo constituye título ejecutivo para los que litigaron y se traduce en la imposibilidad de reproducir la misma cuestión, porque el demandado podría oponer la excepción de cosa juzgada contra las pretensiones de mala fe(193). Se debe precisar que **no todas las decisiones últimas de un proceso están investidas de la autoridad de la cosa juzgada, pues esta solo se presenta en aquellas resoluciones en las que haya un pronunciamiento sobre el fondo, es decir, sobre el conflicto que subyace en el proceso**(194).

2. Eficacia de la cosa juzgada

La cosa juzgada como **eficacia** implica que la sentencia adquiere los caracteres de **inimpugnabilidad** (cuando no procede ningún medio impugnatorio contra ella), **inmutabilidad** (cuando el juez de la causa o cualquier otro juez se encuentran impedidos de modificar sus términos) y **coercibilidad** (que pueda ser sometida a ejecución forzada).

(193) CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. Tomo I, 26ª edición, Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 425.
(194) MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. cit., p. 86.

Los caracteres de inimpugnabilidad e inmutabilidad de la cosa juzgada, se encuentran consagrados en el artículo 123 del Código Procesal Civil.

Así, respecto de la inimpugnabilidad, el artículo mencionado señala que una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando: i) no proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o, ii) las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos; agregando en su parte final que la resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable salvo lo dispuesto en los artículos 178 (**nulidad de cosa juzgada fraudulenta**) y 407 (**corrección de errores numéricos y ortográficos durante la ejecución de la resolución**).

La coercibilidad la tenemos precisada en el numeral 1 del artículo 688 del Código adjetivo, que señala que se puede promover ejecución de las resoluciones judiciales firmes. Así, parafraseando a Monroy, cuando una decisión jurisdiccional se vuelve inmutable y se constituye en **cosa juzgada**, debe asegurarse no solo que el conflicto se haya resuelto a nivel jurisdiccional, sino que la sentencia despliegue sus efectos en la realidad, pues el reconocimiento de lo imperativo del mandato no es necesariamente lo mismo que el cumplimiento de este en el plano de la realidad, porque si existe desobediencia del obligado entonces la jurisdicción se convertiría en una actividad inútil y absurda, y el prestigio social de la jurisdicción se debe, en considerable medida, al hecho de que sus decisiones deben ser obedecidas por el ciudadano vinculado a ellas, no tratándose de un mandato moral, sino que vinculado a él se encuentra la fuerza material del Estado, su imperio expresado en la posibilidad de utilizar algunas de sus instituciones como instrumentos coercitivos a fin de hacer cumplir el mandato judicial que ha alcanzado la calidad de definitivo o de todo aquel que requiera ejecución[195].

En otras palabras, nos encontraríamos frente a una **función jurisdiccional** que, en su aspecto **decisorio** se encargará de decidir el fondo de la controversia, y que en su aspecto **ejecutivo** se encargará de ejecutar lo decidido de manera coercitiva en caso de la renuencia del vencido a cumplir con lo ordenado en una sentencia firme y consentida sobre la cual ha recaído la autoridad de cosa juzgada.

(195) MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. cit., pp. 220-221.

IV. CLASES DE COSA JUZGADA

De otro lado, doctrinariamente se hace la distinción entre **cosa juzgada formal** y **cosa juzgada sustancial** o **material**.

1. Cosa juzgada formal

Hay cosa juzgada formal cuando la sentencia o resolución judicial es inimpugnable, pero no es inmutable; es decir, no puede ser impugnada dentro del mismo proceso –al haberse rechazado el recurso impugnatorio o por vencimiento del plazo para su formulación– pero sí puede ser modificada en un proceso posterior, como ocurre cuando se interpone la nulidad de cosa juzgada fraudulenta dentro del plazo de ley.

2. Cosa juzgada material

Existe cosa juzgada sustancial o material cuando la sentencia o resolución judicial es inimpugnable dentro del mismo proceso e inmutable en un proceso posterior.

En palabras de Ernesto Perla Velaochaga, **la cosa juzgada material es la que produce la inmutabilidad definitiva de la sentencia y se funda en la necesidad de que los conflictos tengan un fin impuesto por la autoridad del Estado, en garantía del orden jurídico, siendo que ello impide que el conflicto se reabra, de tal manera que ni las partes ni de los que de ellas derivan su derecho, pueden volver a plantearlo, ni los jueces pueden admitir una nueva discusión, ni menos nueva decisión, sobre lo que ha sido resuelto, ya que ella constituye una resolución de tal clase que no solamente es una ejecutoria, algo que debe cumplirse, sino que es una resolución que además de ser cumplida se tiene en forma decisiva como la expresión de la voluntad legal sobre el particular, sin que haya poder que pueda desconocerla, sin excepción dentro del campo del Derecho Civil** [(196)].

En este orden de ideas, la plena eficacia de la cosa juzgada solo se alcanza cuando la sentencia o resolución judicial adquiere las características de inimpugnabilidad e inmutabilidad, y una vez adquirida esas características obtendrá recién la coercibilidad.

(196) PERLA VELAOCHAGA, Ernesto. *Juicio ordinario*. 7ª edición, Editorial y Distribuidora de Libros-EDDILI, Lima, 1987, p. 413.

V. LOS EFECTOS DE COSA JUZGADA

De ordinario se suele afirmar que las actas de conciliación con acuerdo son iguales a una sentencia judicial, razonamiento que carece de sustento tanto fáctico como legal, pues en realidad existen diferencias que nos llevarían a desvirtuar esta afirmación que se encuentra muy arraigada entre las personas ajenas al campo jurídico.

Como se ha visto, la autoridad y eficacia de cosa juzgada es una característica única y exclusiva de las resoluciones judiciales que ponen fin de manera definitiva a la controversia mediante el acto de decisión del juez respecto del fondo de la controversia, el mismo que resulta inimpugnable, inmutable y coercitivo. Pero también es posible que el proceso concluya de manera distinta al acto de decisión del magistrado –ya sea por conciliación extrajudicial o judicial–, generando una serie de efectos similares a los de una sentencia firme pero contenidos en un documento que no posee el mismo valor que una sentencia –y por tanto carece del valor de cosa juzgada– pero sí comparte efectos de cosa juzgada.

Una sentencia contiene el acto de decisión de una controversia que es expedida por un magistrado al finalizar un proceso de naturaleza pública y que es susceptible de cuestionarse mediante los respectivos recursos impugnatorios que prevé la ley procesal hasta que adquiera el carácter de inmutabilidad que le otorga la **autoridad** y **efectos de cosa juzgada**. Un acta de conciliación es un instrumento que contiene la manifestación de voluntad de las partes tendiente a resolver su controversia y, en consecuencia, evita el inicio del juicio o concluye el proceso ya iniciado, y el acuerdo conciliatorio no genera efectos de cosa juzgada de manera inmediata pues, en el caso de la conciliación procesal, será necesario que previamente sea aprobado por el juez de la causa, conforme lo exige el artículo 327 del Código Procesal Civil.

Pero sí existe un elemento que las actas de conciliación comparten con las sentencias y que se da en cuanto a los **efectos** puesto tanto las actas de conciliación como las sentencias: 1) **establecen la resolución del fondo de la controversia**; 2) **generan la imposibilidad de revisión judicial de los hechos controvertidos** y 3) **en caso de incumplimiento se puede recurrir a la ejecución forzosa de los decidido o acordado** y esto último se materializa en la posibilidad de recurrir a la misma vía procesal de ejecución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en dichos instrumentos.

En este sentido, y de acuerdo con Marianella Ledesma, existen una serie de efectos que produce el acto conciliatorio a nivel procesal[197] podrían detallarse de la siguiente manera:

1. Con la relación procesal

Efectivamente, producido el acuerdo conciliatorio a nivel procesal y aprobado judicialmente, se tiene como principal efecto la resolución definitiva del conflicto preexistente, de manera distinta a la sentencia, con lo cual se concluye el proceso con declaración sobre el fondo, de acuerdo a lo señalado en el artículo 322 del Código Procesal Civil. Es de precisar que esta extinción de la relación procesal no es inmediata, pues se requerirá la aprobación de la conciliación judicial por parte del juez, además de que el proceso puede continuar hasta dilucidar lo concerniente a las costas, según el artículo 415 del Código Procesal Civil.

En el caso de la conciliación extrajudicial, en tanto el hecho de llegar a un acuerdo de manera consensuada y voluntaria significa la resolución del tema de fondo, tenemos que habría ausencia de litis y, en consecuencia, ya no sería factible interponer una demanda con lo cual sería imposible establecer una relación procesal válida.

2. Con la defensa

La conciliación procesal tiene efecto extintivo sobre la cuestión controvertida, volviéndola inmutable e irrevisable, impidiendo que las partes procesales puedan volver a formular algún reclamo sobre ella; siendo que al existir imposibilidad de que cualquiera de las partes pretenda una nueva revisión judicial de los hechos controvertidos, en caso este hecho suceda, se puede oponer como excepción al igual que la transacción o el desistimiento de la pretensión, para lo cual debe acompañarse el protocolo de la conciliación o designarse el expediente en que se hubiera celebrado, acreditando su preexistencia y solicitando su remisión. De manera análoga, en el caso de la conciliación extrajudicial, el efecto inmediato de arribar a un acuerdo sobre el tema de fondo será la resolución de la controversia y la consecuente imposibilidad de intentar judicializar un conflicto inexistente que ha sido resuelto de manera previa.

3. Con el valor del acta

Con la suscripción de un acta de conciliación extrajudicial o la aprobación judicial de la conciliación procesal se crea un título ejecutivo y el acuerdo conciliatorio deviene en inmodificable. De ordinario, los acuerdos

(197) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La conciliación*. Legrima Editorial, Lima, 1996, pp. 92-93.

libremente suscritos son cumplidos de manera voluntaria por las partes, debido a la mayor vocación de cumplimiento que existe. Empero, si la persona obligada no cumple, entonces la parte perjudicada por el incumplimiento puede recurrir al órgano jurisdiccional, el cual empieza a actuar en una nueva etapa llamada **ejecutiva**, en la que se recurre a la ejecución forzosa a través del Estado y su fuerza coactiva a efectos de hacer cumplir el acuerdo contenido en el acta.

Este aspecto es el que de ordinario se emplea para sostener equivocadamente de manera coloquial que las actas de conciliación son iguales a una sentencia, aunque lo correcto sería decir que ambos instrumentos son títulos ejecutivos (unos **extrajudiciales** y los otros **judiciales** conforme a lo prescrito en los numerales 1 y 3 del art. 688 del Código Procesal Civil) y por ello mismo comparten la misma vía procedimental contenida en el proceso de ejecución de resoluciones judiciales, pero reiteramos que un acta de conciliación no es igual a una sentencia, salvo las similitudes que presentan en cuanto a su valor como título ejecutivo (y consiguiente carácter ejecutable de las obligaciones que contiene) así como a sus efectos de solución de la controversia, imposibilidad de una nueva judicialización.

VI. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 339 DEL CPC NO AFECTA LA CALIDAD DE COSA JUZGADA DE UNA SENTENCIA

El artículo 339 del Código Procesal Civil establece que, aunque hubiera sentencia consentida o ejecutoriada, las partes pueden acordar condonar la obligación que esta contiene, novarla, prorrogar el plazo para su cumplimiento, convenir una dación en pago y, en general, celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el cumplimiento de la sentencia. Sin embargo –se precisa– dicho acto jurídico no tiene la calidad de transacción ni produce los efectos de esta.

Es decir, al encontrarnos frente a una sentencia firme y consentida las partes se encuentran obligadas al cumplimiento de lo ordenado por el magistrado, pero no existe ningún inconveniente para que ambas partes, de mutuo acuerdo, puedan regular o variar el mandato judicial, requiriéndose de manera obligatoria la coincidencia de voluntad de las partes contenida en un acto jurídico para acordar la forma de cumplimiento de la sentencia con autoridad de cosa juzgada, pero este posible acuerdo no afectará el valor de dicha decisión judicial.

En este sentido vale precisar que **el convenio que realicen las partes, en momento posterior al pronunciamiento de una sentencia que queda**

firme, regulando o modificando el cumplimiento del fallo definitivo no configura una transacción; por lo que no se altera lo resuelto, conservando la calidad de cosa juzgada, incidiendo tan solo en su consumación material o ejecución, es decir, lo que las partes convengan podrá modificar el mandato judicial, pero la sentencia como acto permanecerá inalterable (Cas. N° 2154-2003, Lima).

Este dispositivo abre la posibilidad de modificar un acuerdo conciliatorio a través de una nueva conciliación, aunque no únicamente en cuanto al cumplimiento de los acuerdos, sino también respecto a la posibilidad de variación de las obligaciones contenidas en el acta. Si partimos de la premisa que el acuerdo conciliatorio es un acto jurídico, en tanto es manifestación de voluntad de las partes destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, entonces no habría ningún inconveniente para que las partes pudieran –al amparo del artículo 339 del Código adjetivo– acordar vía una nueva conciliación variar o modificar la forma de cumplimiento de los acuerdos contenidos en un acta. Pero el tema nos lleva también a verificar que sería posible sustituir una obligación primigenia por otra mediante el empleo de la **novación** –conforme lo habilita el artículo 1277 del Código Civil–, pero el requisito para que pueda proceder será que las partes estén de acuerdo en la sustitución de obligaciones, en caso contrario se mantendrá el mérito ejecutivo del acta y la exigibilidad de los acuerdos.

VII. EL PRINCIPIO DE REVISIÓN DE DERECHOS COMO OPOSICIÓN A LA COSA JUZGADA

En el Derecho de Familia encontramos al **principio de revisión de derechos**, el mismo que podríamos definirlo como la posibilidad de que los términos de un acuerdo conciliatorio o de una decisión judicial que establecen obligaciones para las partes puedan ser modificados posteriormente por las partes, ya sea de manera consensuada o a través del inicio de la acción correspondiente, si es que han variado las circunstancias de hecho o la situación de las partes que dieron origen y justificaron el reconocimiento de determinado derecho. Recalcamos que este derecho lo apreciamos exclusivamente en el Derecho de Familia y que se materializa en temas como los de pensión de alimentos, régimen de visita y tenencia, los que pueden ser variados posteriormente a su determinación[198].

(198) PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "¡Papá: cumples el acta o vas dentro!: la omisión de asistencia familiar por incumplimiento de acuerdos conciliatorios sobre alimentos". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 36, junio 2016, pp. 235-250.

Así, no podríamos hablar de ni de valor ni de efectos de cosa juzgada en las sentencias y actas de conciliación que versen sobre temas derivados de la relación familiar como pensión de alimentos, establecimiento de régimen de visitas y tenencia de menor, pues independientemente de que dichos instrumentos sean ejecutables, las obligaciones que contienen son susceptibles de variación ya sea de mutuo acuerdo o a través de un nuevo acto de decisión del fondo de la controversia por parte del juez.

VIII. CONCLUSIONES

Tenemos que desterrar entre los operadores jurídicos la creencia que las actas de conciliación son iguales que las sentencias, y que se encuentra muy arraigada sobre todo a raíz de la implementación de la conciliación extrajudicial; dicho discurso resulta válido para explicar a las partes intervinientes tanto en una conciliación procesal como extrajudicial que los acuerdos producto de la conciliación son totalmente válidos, de obligatorio cumplimiento y sobre todo exigibles en sede judicial, pero no resulta válido para un análisis teórico desde una perspectiva procesal.

Lo correcto es afirmar que las sentencias y las actas de conciliación son instrumentos que presentan particularidades muy propias y distintivas; aunque sin perjuicio de ello no podemos negar la existencia de algunos elementos que las actas de conciliación comparten con las sentencias, básicamente a nivel de los **efectos de cosa juzgada**, y que son tres: solución del fondo de la controversia, imposibilidad de revisión judicial de esa controversia resuelta de manera previa y la obligatoriedad del cumplimiento de los acuerdos plasmada en la posibilidad de acudir a la vía de ejecución de resoluciones judiciales en caso de incumplimiento. Allí radica el quid del asunto para ir terminando con esta situación de aparente confusión.

Estamos seguros que en el futuro inmediato surgirán nuevos estudios que profundicen un mejor análisis de una institución tan poco estudiada y apreciada como la conciliación, así como las implicancias que conlleva darle una mayor seguridad a las partes respecto de su empleo, revalorando su capacidad de resolver por sí mismas su controversia, entendiendo que el proceso debe iniciarse cuando se han agotado todos los mecanismos de diálogo previo. En palabras de Marcel Proust: "el verdadero viaje de descubrimiento no consiste en buscar nuevos paisajes sino en tener nuevos ojos".

CAPÍTULO IX

EL EMPLEO DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO FORMA ESPECIAL DE CONCLUSIÓN DE UN PROCESO CIVIL



CAPÍTULO IX

EL EMPLEO DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO FORMA ESPECIAL DE CONCLUSIÓN DE UN PROCESO CIVIL

> "La mejor Ley, el más excelente uso, el más útil que yo haya visto jamás, está en Holanda. Cuando dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro, son obligados a ir ante el Tribunal de los Jueces Conciliadores, llamados 'hacedores de paz'. Si las partes llegan con un abogado y un procurador, se hace de pronto retirar a estos últimos, como se aparta la leña de un fuego que se quiere extinguir. Los pacificadores dicen a las partes: 'sois unos locos de querer gastar vuestro dinero en haceros mutuamente infelices; nosotros vamos a arreglarlos sin que os cueste nada'. Si el furor por pleitear es fuerte en esos litigantes, se aplaza para otro día, a fin que el tiempo suavice los síntomas de la enfermedad; en seguida los jueces les envían a buscar una segunda, una tercera vez; si la locura es incurable, se les permite litigar, como se abandonan a la amputación de los cirujanos miembros gangrenados; entonces la justicia hace su obra".
>
> François-Marie Arouet Voltaire

I. INTRODUCCIÓN

La conciliación extrajudicial se considera como un requisito de procedibilidad obligatorio y previo a la interposición de toda demanda que verse sobre derechos disponibles en aquellos lugares donde se encuentra implementada esta exigencia.

Así, de ordinario, el justiciable se encuentra en la obligación de agotar la instancia conciliatoria prejudicial debiendo acreditar al juez que ha procedido a solicitar la conciliación extrajudicial, que ha concurrido a la audiencia de conciliación respectiva y que no ha provocado la conclusión del procedimiento conciliatorio por retirarse antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a suscribir el Acta de conciliación, conforme lo exigen los artículos 6 y 15 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación.

Queda claro que si al momento de calificar la demanda el juez verifica que el demandante no cumplió con solicitar la conciliación extrajudicial o que no ha concurrió a la audiencia de conciliación extrajudicial o que provocó la conclusión de la audiencia por una forma distinta a la falta de acuerdo o la inasistencia de su contraparte, deberá declarar improcedente la demanda por causa de manifiesta falta de interés para obrar.

En este orden de ideas, se podría pensar que agotada de manera infructuosa la instancia conciliatoria prejudicial ya no sería posible acudir a su empleo cuando la controversia que enfrenta a las partes se ha judicializado buscando el pronunciamiento del magistrado respecto del fondo de la controversia. Pero si apreciamos la regulación adjetiva a la luz de las modificaciones incorporadas por el Decreto Legislativo Nº 1070 (de junio de 2008), podemos afirmar que se contempla la posibilidad de recurrir facultativamente al empleo de la conciliación extrajudicial como una forma de concluir un proceso abierto, a pesar de haberse agotado el intento conciliatorio previo. Para que opere esta posibilidad bastará con presentar el Acta de conciliación al juez y que este proceda a aprobar la conciliación verificando que verse sobre derechos disponibles y se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio.

II. REGULACIÓN ORIGINARIA: EMPLEO EXCLUSIVO DE LA CONCILIACIÓN PROCESAL COMO FORMA ESPECIAL DE CONCLUSIÓN DE UN PROCESO CIVIL

La redacción originaria del artículo 327 del Código Procesal Civil solamente contemplaba el empleo exclusivo de la **conciliación procesal** como forma especial de conclusión de un proceso civil por conciliación. Así, se establecía que **aceptada por las partes la propuesta conciliatoria del Juez, si versa sobre todas las pretensiones propuestas, este declarará concluido el proceso. Si la conciliación recae sobre alguna de las pretensiones o se refiere a alguno de los litigantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones o de las personas no afectadas. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de terceros**.

Este artículo guardaba estrecha relación con el derogado artículo 326[199] que establecía la obligatoriedad de que el juez proponga una fórmula

(199) Código Procesal Civil:
"Artículo 326.- Audiencia de conciliación
Presentes las partes, o sus apoderados o representantes con capacidad para ello, el Juez escuchará por su orden las razones que expongan. De inmediato propondrá la fórmula de conciliación que su prudente arbitrio le aconseje. También puede disponer la suspensión de la audiencia y su posterior reanudación dentro de un plazo no mayor de diez días.

conciliatoria, luego de haber escuchado las razones de las partes demandante y demandada. Es decir, se imponía al magistrado el deber de proponer a las partes una fórmula conciliatoria que su prudente arbitrio le aconsejara, a fin de lograr su avenimiento, siendo que esta proposición debía ser realizada por el juez con posterioridad a haber escuchado el argumento de cada una de las partes y conocer su intencionalidad, o dicho de otro modo –como afirma Zegarra–, **la fórmula conciliatoria debe ser el resultado de haber escuchado previamente las razones de cada una de las partes, siendo finalmente estas quienes decidirán en última instancia si la aceptan o no**[200]. Se debe reiterar que la fórmula conciliatoria propuesta por el juez necesariamente debía tener correlación con el pedido de las partes contenido en la pretensión material que se ventilaba dentro del proceso.

En definitiva, la gran herramienta con la que contaba el juez para proponer su fórmula conciliatoria a las partes era su **prudente arbitrio**, tratando de convencer a las partes a través de la persuasión, apoyado en el marco legal que le obligaba a realizar dicha labor de amigable componedor, pero sin preocuparse en una adecuada capacitación que garantizase que pudiera cumplir su rol de conciliador en las mejores condiciones, con lo cual teníamos jueces conciliadores por mandato de la ley procesal, pero que desempeñaban su labor obligatoria aunque de manera casi intuitiva y empírica.

Así, nos encontrábamos dentro de un **sistema de conciliación procesal obligatoria del juez**, en el que la audiencia de conciliación debía convocarse y realizarse obligatoriamente por el juez dentro del proceso judicial, debiendo requerir fórmula conciliatoria a las partes o proponerla él en caso de que las partes no aceptaran las fórmulas de aquellas, bajo sanción de nulidad. Claro está que, luego de haberse culminado la audiencia de conciliación obligatoria sin llegar a acuerdos, nada impedía que, de manera facultativa, tanto el juez (sistema de conciliación procesal facultativa del juez) como las partes (sistema de conciliación procesal facultativa de las partes) pudieran convocar a la realización posterior de una nueva audiencia de conciliación procesal. Es decir,

Si la fórmula conciliatoria fuese aceptada, se anotará en el Libro de Conciliaciones que cada órgano jurisdiccional llevará al efecto, dejándose constancia en el expediente. Si la propuesta no es aceptada, se extenderá acta describiéndose la fórmula planteada, mencionándose además la parte que no prestó su conformidad a la misma.

Si la sentencia otorga igual o menor derecho que el que se propuso en la conciliación y fue rechazado, se le impone al que lo rechazó una multa no menor de dos ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, salvo que se trate de un proceso de alimentos, en cuyo caso el Juez puede reducir la multa en atención al monto demandado y al que se ordena pagar en sentencia".

(Artículo derogado por la única disposición derogatoria del Decreto Legislativo N° 1070 del 28 de junio de 2008).

(200) ZEGARRA ESCALANTE, Hilmer. *Formas alternativas de concluir un proceso civil*. 2ª edición actualizada, Marsol Perú editores, Lima 1999, pp. 120-121.

la falta de acuerdo conciliatorio en la realización de la audiencia de conciliación procesal obligatoria no impedía que, posterior a ella, se pudiese ejercer la facultad de convocar a una nueva audiencia de conciliación procesal amparado en cualquiera de los otros dos sistemas conciliatorios procesales existentes *(***facultativa del juez y facultativa de las partes***)*, siempre y cuando no se hubiese expedido sentencia en segunda instancia[201], pero siempre dentro de un sistema conciliatorio de naturaleza exclusivamente **procesal**.

III. EL VIGENTE RÉGIMEN DUAL DE LA CONCILIACIÓN PROCESAL Y EXTRAJUDICIAL COMO FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO CIVIL

A raíz de las modificatorias incorporadas al Código Procesal Civil por el Decreto Legislativo Nº 1070, actualmente existe la posibilidad de que las partes procesales que tienen una controversia judicializada sobre la cual no hay una sentencia firme y definitiva puedan intentar resolverla solicitando –de manera individual o conjunta– el inicio de un procedimiento conciliatorio extrajudicial ante un centro de conciliación, y de llegar a un acuerdo, deberán presentar el acta con acuerdo al juez para que la apruebe y concluya el proceso[202].

Recordemos que, en virtud de la modificación introducida por el Decreto Legislativo Nº 1070 al Código Procesal Civil, el artículo 324[203] del Código adjetivo considera que la conciliación debe realizarse obligatoriamente ante un centro de conciliación extrajudicial de manera previa a la interposición de

(201) PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "Mejorando la conciliación procesal: a propósito de las modificaciones incorporadas al Código Procesal Civil por la Ley Nº 30293 y su incidencia en la conciliación intraproceso". En: Especial: Últimas modificaciones al CPC y al CC. En: *Actualidad Civil*. Publicación del Instituto Pacífico. Nº 7. Lima, enero de 2015, pp. 47-49.

(202) Código Procesal Civil:
"Artículo 327.- Conciliación y proceso
Si habiendo proceso abierto, las partes concilian fuera de este, presentarán con un escrito el Acta de Conciliación respectiva, expedida por un centro de conciliación Extrajudicial.
Presentada por las partes el acta de conciliación, el juez la aprobará previa verificación del requisito establecido en el artículo 325 y, declarará concluido el proceso.
Si la conciliación presentada al juez es parcial, y ella recae sobre alguna de las pretensiones o se refiere a alguno o algunos de los litigantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones o de las personas no afectadas. En este caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de tercero".

(203) Código Procesal Civil:
"Artículo 324.-Formalidad de la conciliación.
La conciliación se lleva a cabo ante un centro de conciliación elegido por las partes; no obstante, si ambas lo solicitan, puede el juez convocarla en cualquier etapa del proceso. El juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera formular en esta audiencia.
Los Jueces, de oficio o a solicitud de ambas partes, podrán citar a una audiencia de conciliación antes de emitir sentencia, salvo en los casos de violencia familiar. Si la audiencia de conciliación fuera a petición de ambas partes y cualquiera de ellas no concurre a la misma, se le aplica una multa de entre tres y seis unidades de referencia procesal (URP)".
(Artículo modificado por la Ley Nº 30293 publicada en el diario oficial el 28 de diciembre de 2014)

la demanda que verse sobre materias conciliables en cumplimiento de la exigencia del requisito de procedibilidad de la demanda, al establecerse un **sistema de conciliación preprocesal obligatorio para las partes**. Pero este mismo artículo señala que la audiencia de conciliación procesal, como expresión del **sistema de conciliación procesal facultativo de las partes**, tiene un carácter estrictamente facultativo y que para su realización se requiere del pedido expreso de ambas partes –demandante y demandada– al juez o que sea este el que pueda convocar a las partes a la realización de una audiencia conciliatoria al habilitarlo el **Sistema de conciliación procesal facultativo del juez**. Con ello se admite la posibilidad de que una controversia sea resuelta por un acuerdo conciliatorio –pudiendo ser este un acuerdo arribado en una audiencia de conciliación judicial o extrajudicial–.

Empero, el texto vigente del artículo 327 del Código Procesal Civil prescribe que, si habiendo proceso abierto, las partes concilian fuera de este, presentarán con un escrito el Acta de conciliación respectiva a fin de que sea aprobada y se declare concluido el proceso. Es decir, se prevé que la conclusión del proceso judicial se puede dar de forma especial no solamente mediante la conciliación judicial, sino también por la conciliación extrajudicial, no importando en este último caso en que etapa se encuentre el proceso judicial, siempre y cuando no se haya expedido sentencia en segunda instancia, con lo cual vemos que la conciliación extrajudicial se visualiza, además de requisito de procedibilidad, como una forma especial de concluir un proceso civil, es decir, se concibe a la conciliación extrajudicial como una forma de concluir conflictos judicializados de una manera más eficiente y mutuamente satisfactoria.

Esto supone que, una vez iniciado un proceso judicial, cualquiera de las partes procesales ha evaluado dos posibles situaciones:

> La primera, que ambas partes (demandante y demandado) han considerado la conveniencia de un acuerdo entre ellas y están de acuerdo en resolver su controversia judicializada mediante el empleo de la conciliación extrajudicial y, por lo tanto, deciden iniciar un procedimiento conciliatorio, mediante la presentación de una solicitud conjunta ante un centro de conciliación, a fin de que sean ellas y no el juez las que resuelvan el conflicto de manera mutuamente satisfactoria. Influye mucho en esta decisión el hecho que, a diferencia del juez, el conciliador extrajudicial posee capacitación en el manejo de conflictos y se encuentra acreditado para el ejercicio de la función conciliadora al interior de un centro de conciliación, lo que garantizará un manejo adecuado de la controversia.

La segunda, que una de las partes procesales (sea el **demandante** o el **demandado**) ha evaluado la conveniencia de intentar conciliar extrajudicialmente con su contraparte a fin de llegar a un acuerdo en sede extrajudicial que ponga fin a la controversia de manera distinta a la sentencia. Por ello, presenta una solicitud de conciliación de manera individual, esperando que su contraparte acepte concurrir a la Audiencia de conciliación que para tal efecto convoque el centro de conciliación, intentando llegar a un acuerdo; así, en caso de arribarse a una conciliación, el acta conteniendo el acuerdo será presentada posteriormente al juez para concluir el proceso judicial ya instaurado. Esta opción supone una forma más flexible de acceder a la conciliación como forma de solución de conflictos, ya que el sistema de conciliación extrajudicial contempla también la posibilidad de intentar la conciliación de manera individual, situación que no ocurre en la conciliación procesal, en la que la exigencia legal es que la conciliación sea solicitada por ambas partes.

Nótese también que, bastará con presentar al juez el Acta de conciliación con acuerdo, sea este total o parcial, por lo que perfectamente se pueden admitir cualquiera de las dos situaciones anteriormente descritas.

IV. DE LA HOMOLOGACIÓN DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL Y EL CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 325 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Como vemos, el régimen adjetivo vigente considera que la conciliación extrajudicial sirve para poner término al litigio de manera distinta a la sentencia, en cualquier estado del mismo, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia, no importando si esta se hubiere empleado de manera previa como requisito de procedibilidad, pues se contempla su empleo como **forma especial de conclusión del proceso civil**. En todo caso, presentada por las partes el acta de conciliación extrajudicial, el juez la aprobará previa verificación del requisito establecido en el artículo 325[204] del Código Procesal Civil, verificando que verse sobre derechos disponibles y se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio, para recién expedir resolución que declara concluido el proceso.

(204) Código Procesal Civil:
"Artículo 325.- Requisito de fondo de la conciliación.
El Juez aprobará la conciliación que trate sobre derechos disponibles, siempre que el acuerdo se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio".

Ello implica que el acuerdo conciliatorio contenido en el acta debe recibir una aprobación integradora, que técnicamente se denomina **homologación, por medio de la cual el acuerdo conciliatorio obtiene un refuerzo público por parte de la jurisdicción, al atribuirle aptitud e idoneidad de ser realizada en vía de ejecución, el contenido del acuerdo conciliatorio**; así en lugar de que el juez dicte sentencia sobre la litis, dicta otro pronunciamiento llamado **Resolución de homologación**, que suplanta o sustituye a la sentencia sobre la litis, porque **en la homologación el juez conoce y decide sobre la conciliación, en cambio en la sentencia del magistrado decide sobre la litis**[205].

En otras palabras, no importa que la controversia se encuentre judicializada, pues se contempla la posibilidad de que las partes concilien extrajudicialmente el fondo del asunto y presenten al juez de la causa el Acta de conciliación con acuerdo expedida por un centro de conciliación extrajudicial, solicitando la calificación del acuerdo que pone fin a la litis, a manera de control jurisdiccional, para posteriormente proceder a su homologación, concluyendo el proceso mediante una resolución distinta a una sentencia y obteniendo recién allí mérito ejecutivo. Esta vía del empleo de la conciliación extrajudicial como forma especial de conclusión del proceso es más flexible para las partes teniendo en cuenta que puede ser solicitada por una o ambas partes (a diferencia de la conciliación procesal que debe ser solicitada obligatoriamente por ambas partes), puede ser empleada en cualquier etapa del proceso antes de la expedición de sentencia en segunda instancia y alcanza a todo tipo de controversias judicializadas, no importando si en ellas se hizo empleo previo de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

De ordinario se afirma que el acuerdo conciliatorio al que puedan arribar las partes en el proceso es el resultado de la coincidencia de la manifestación de la voluntad de aquellas que se da con la finalidad de concluir el proceso ya iniciado. Pero la sola manifestación de la voluntad de las partes no basta para concluir el proceso, pues la conciliación requiere de un **control jurisdiccional** como acto previo a su aprobación.

Así, a efectos de determinar la posibilidad de que una conciliación sea aprobada o no por el juez se deberá verificar, en primer lugar, que el objeto de la conciliación haya sido un derecho de naturaleza disponible, situación compleja habida cuenta que no tenemos una definición legal que nos permita de manera objetiva establecer cuándo posee naturaleza disponible y –por oposición– cuándo no la tiene, a efectos de delimitar su "conciliabilidad", eso es, **si**

(205) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La conciliación*. Legrima Editorial, Lima, 1996, p. 90.

es un derecho disponible y, por ende, susceptible de ser sometido a una conciliación.

Verificado esto, el juez deberá determinar que el acuerdo conciliatorio se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio, es decir, debe tener vinculación estrecha con las materias o derechos que son objeto del litigio y están plasmados en las pretensiones. Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos, recién se expedirá la respectiva resolución que dará eficacia plena al acuerdo que, a partir de ese momento, adquirirá mérito ejecutivo.

V. EL CONTROL JURISDICCIONAL Y LA HOMOLOGACIÓN

La conciliación que pretenda emplearse como forma especial de conclusión de un proceso requiere de un **control jurisdiccional** como acto previo a su aprobación por parte del juez, el cual está compuesto de dos elementos: i) que el acuerdo verse sobre **derechos disponibles** y ii) que guarde correlación con el derecho en litigio(206). Esta actividad jurisdiccional de valoración y calificación es ejercida por el juez y recae estrictamente en el acuerdo conciliatorio y no sobre el tema de fondo –que no es resuelto por el juzgador, sino por la coincidencia de voluntad de las partes–.

Así, una vez efectuado este control jurisdiccional se habilita a realizar la **homologación**, que es cuando se arriba a un acuerdo de partes que se celebra con la presencia e intervención del juez, y es aquel quien en lugar de dictar sentencia para resolver la litis, conoce y decide sobre la conciliación, expidiendo una resolución aprobándola para investirla de imperatividad y ejecutabilidad similar a la de una sentencia, adquiriendo recién el verdadero carácter de título ejecutivo, pues una vez que las partes han conciliado es imperativo contar con la aprobación judicial(207). En este sentido, "[e]l título de ejecución (**entiéndase título ejecutivo en la actualidad**) está constituido, en este caso, por las copias certificadas de la conciliación judicial y el auto que la aprueba" (Cas. N° 2960-2006, Puno).

VI. CORRELACIÓN CON EL DERECHO EN LITIGIO

Queda claro que, aparte de encontrarnos frente a un derecho disponible(208), el juez deberá verificar que el acuerdo conciliatorio al que arriben las

(206) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 678-679.

(207) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La conciliación*. Legrima Editorial. Lima, 1996, pp. 90-91.

(208) Cfr. PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "¿...Y eso es conciliable?: la vigente (y complicada) regulación de las materias conciliables en la Ley de Conciliación Extrajudicial". En: *Revista Jurídica del Perú*. Publicación mensual de Normas Legales. N° 116, Lima, octubre de 2010, pp. 283-315.

partes guarde correlación con el derecho en litigio. Cuando se exige que el acuerdo deba tener correlación con el pedido de las partes, esto implica que **deberá versar sobre la pretensión material que se ventila dentro del proceso**(209), es decir, que el acto de solución de la controversia adoptado por las partes debe adecuarse a la naturaleza jurídica del derecho en litigio, pues el acuerdo no puede estar referido a relaciones jurídicas sustanciales diversas de aquella de la cual deriva la materia litigiosa sometida a juicio, pues debe existir **congruencia** entre la pretensión objeto del proceso y el objeto de la conciliación contenido en el acuerdo y que resuelve el conflicto plasmado en la pretensión para recién poder considerar que la conciliación pueda aprobarse por resolución y, en consecuencia, se culmine el litigio.

Recordemos que el **principio de congruencia** supone que, siendo el juez la persona encargada de declarar el derecho que corresponda al caso concreto, y pese a que las normas que regulan el trámite que lo conducirá a producir dicha declaración son de naturaleza pública, el derecho que declara –es decir, el contenido de su declaración– es de naturaleza privada, en consecuencia, le pertenece a las partes. Por tal razón, el juez civil no tiene facultad para afectar la declaración de voluntad del pretensor (demandante) y concederle más de lo que este ha pretendido en la demanda(210).

En otras palabras, **la congruencia es la exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima**, y cuando decimos que la conciliación debe tener correlación con el derecho en litigio nos encontramos frente a la exigencia de evitar un caso de **incongruencia objetiva, es decir, el desfase que puede producirse entre las reclamaciones formuladas y su satisfacción por obra de la decisión jurisdiccional** –o en el caso que nos ocupa, por decisión de las partes–. Hay incongruencia objetiva por exceso, y por ende resolución *ultra petita*, cuando el órgano jurisdiccional concede más de lo reclamado; en tanto que la habrá por defecto cuando el tribunal, sin razón valedera, otorga menos de lo reclamado. La incongruencia objetiva *extra petita* se da cuando el órgano jurisdiccional otorga algo que no ha sido impetrado por las partes; en tanto que la habrá *citra petita* si aquel omite pronunciarse sobre la viabilidad de alguno de los pedidos deducidos(211).

(209) ZEGARRA ESCALANTE, Hilmer. Ob. cit., p. 121.
(210) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Temis. Bogotá, 1996, pp. 90-91.
(211) Cfr.: PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil: principios y fundamentos*. Astrea, Buenos Aires, 1978, pp. 35-48. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de proceso civil*. Librería Studium, Lima, 1987, p. 222.

En definitiva, si nos encontramos frente a una conciliación procesal sobre la totalidad de las pretensiones formuladas a nivel procesal, es tarea del juez verificar que exista coincidencia entre las pretensiones formuladas y los acuerdos conciliatorios. Situación análoga la encontraremos si la conciliación fuese extrajudicial y se presentase la respectiva Acta de conciliación extrajudicial con acuerdo al juez a efectos de concluir el proceso. En el caso que la conciliación fuese parcial y alcance únicamente a algunas de las pretensiones dejando otras sin resolver, deberá procederse de acuerdo a lo normado en el artículo 327 del Código Procesal Civil, siendo que el proceso continuará respecto de las pretensiones no afectadas.

VII. DE LOS ACUERDOS PARCIALES

De la parte final del artículo 327 se colige que si la conciliación extrajudicial presentada al juez es parcial, y ella recae sobre alguna de las pretensiones o se refiere a alguno o algunos de los litigantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones o de las personas no afectadas. En este caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de tercero.

1. Acuerdos parciales sobre las pretensiones pero no sobre los sujetos

El vigente artículo 17 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, precisa que **si la conciliación concluye con acuerdo parcial, solo puede solicitarse tutela jurisdiccional efectiva por las diferencias no resueltas**. Ello supone que existe la posibilidad de que, en caso nos encontremos con una pluralidad de pretensiones y solo se llegase a acuerdos sobre algunas de ellas, las pretensiones no resueltas deberán ser resueltas en sede jurisdiccional mediante la consecución del proceso respecto a ellas en tanto no se encuentran bajo los alcances del acuerdo conciliatorio parcial que únicamente tendrá efectos de conclusión especial del proceso para aquellas pretensiones que sí fueron resueltas –aunque parcialmente– en sede conciliatoria.

Originariamente, el derogado Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 001-98-JUS señalaba expresamente en su artículo 7 que, por el resultado del trámite, la conciliación podía ser **parcial** cuando **las partes se han puesto de acuerdo respecto de alguno o algunos de los puntos controvertidos, dejando otros sin resolver; o cuando, existiendo una pluralidad de sujetos, existe acuerdo conciliatorio solo entre algunos de ellos**. Es decir, a nivel de procedimiento conciliatorio se contemplaba la posibilidad de que los **acuerdos parciales** fueran arribados tanto a nivel de **puntos controvertidos** como de **sujetos** intervinientes en la controversia. Actualmente los **acuerdos parciales** se refieren exclusivamente

a la posibilidad de conciliar extrajudicialmente algunas de las controversias mas no hay referencia legal expresa respecto a la posibilidad de conciliar estas controversias con algunas de las partes intervinientes, asumiéndose que la posibilidad de arribar a acuerdos conciliatorios extrajudiciales requiere de la concurrencia y **unanimidad** de todas las partes.

Recordemos que al interior del procedimiento conciliatorio extrajudicial podemos encontrar como **sujetos procedimentales** al **solicitante** y al **invitado**, los que al judicializarse la controversia, actuarán en sede jurisdiccional como **partes procesales** en su condición de **demandante** y como **demandado** respectivamente. En ambos casos, no existirá inconveniente alguno para que estén integradas por una pluralidad de personas, pero el artículo 18 de la Ley N° 26872 es claro al señalar, en el caso de la concurrencia de varios titulares del derecho en discusión, que **cuando la parte está conformada por varios sujetos titulares del derecho en discusión, el Acta deberá contener la voluntad expresada por cada uno de ellos**, añadiendo que **en el caso del apoderado común, este debe contar con facultades especiales para conciliar**. Por otro lado, el artículo 14 de la Ley N° 26872 reafirma la exigencia de la concurrencia personal a la audiencia, habilitando a actuar a través de **apoderado común** cuando una de las partes esté conformada por cinco o más personas.

En otras palabras, cuando una parte –sea esta solicitante o invitada– esté compuesta por una pluralidad de sujetos titulares del derecho en discusión, se hace necesaria la concurrencia de todas las partes que la componen para poder realizar la audiencia de conciliación extrajudicial. Una vez verificada la concurrencia, se requerirá de unanimidad para cualquier tipo de acto de disposición sobre el derecho disponible en discusión en caso de querer llegarse a un acuerdo. En este sentido, una sugerencia procedimental a nivel extrajudicial es intentar arribar a acuerdos conciliatorios a través del inicio de procedimientos conciliatorios de manera individual con cada una de las partes, a fin de evitar el hecho que se frustre la posibilidad de llegar a un acuerdo al tener que contar con la concurrencia de la totalidad de las partes o la unanimidad.

2. Intervención de terceros

Por otro lado, el artículo 15 *in fine* del Reglamento de la Ley de conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS señala que **en caso el acuerdo al que pudieran arribar las partes afecte el derecho de terceros, para continuar la audiencia de conciliación estos deberán ser citados e incorporados al procedimiento conciliatorio. En caso los terceros a pesar de estar válidamente notificados no asistan a la audiencia**

convocada, las partes podrán llegar a acuerdos sobre las materias que únicamente los afecte a ellos. En otras palabras, de verificarse la posibilidad de que el acuerdo conciliatorio afecte derecho de terceros, los terceros deben ser incorporados necesariamente al procedimiento conciliatorio y, en caso de no contar con su concurrencia, la audiencia puede llevarse a cabo sobre las materias en las que no se afecte el derecho de terceros.

Precisemos que la intervención de terceros es una institución procesal por la que un sujeto que no es parte material y/o procesal en un proceso, se le permite ingresar al mismo, debido al hecho que tiene un interés jurídicamente relevante, directo o indirecto en su resultado. Los presupuestos de la procedencia de la intervención por adhesión son: i) que debe existir y estar todavía pendiente una controversia, el llamado **proceso principal**, entre **otras** personas, siendo que el proceso principal será, por lo regular, un **procedimiento de sentencia**; ii) el proceso principal debe **ya estar pendiente**; es decir, estar notificada la demanda o presentada la solicitud o debe llegar a pendiente junto con la adhesión del interviniente adherente; iii) el proceso principal debe estar **todavía pendiente**, pues no hay intervención después de la resolución de la controversia con autoridad de cosa juzgada; pero sí cabe todavía en la instancia de apelación o de revisión, en tanto el recurso es en sí admisible; iv) el proceso principal debe estar pendiente entre **otras personas**, pues no es posible adherirse como interviniente adherente a sí mismo o a la parte legalmente representada por uno mismo, y si el interviniente adherente llegase a ser parte posteriormente, por ejemplo, a causa de herencia o traspaso del proceso a él, entonces cesa la procedencia de la intervención por adhesión; y v) el interviniente adherente debe tener de acuerdo con las afirmaciones de parte, presentadas en el proceso principal, un **interés jurídico** en la victoria de la parte principal (llamado **causa de la intervención**). Un interés de esta clase se da siempre cuando el interviniente adherente está en tal relación jurídica con las partes o el objeto del proceso principal, que una sentencia desfavorable para la parte principal influiría, de algún modo, jurídicamente y para su detrimento, en su situación jurídica, de derecho privado o público[212].

Concluyendo, y de acuerdo a lo señalado por el artículo 101 del Código Procesal Civil, podríamos afirmar que cualquier tercero no podrá incorporarse a un proceso, sino que deberá acreditar una serie de requisitos para la procedencia de su pedido: i) que exista conexidad entre la pretensión del tercero y la pretensión de las partes procesales; ii) que el tercero debe alegar un interés

(212) ROSEMBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Introducción. Libro primero.* Traducción de Ángela Romera Vela, ARA, Lima, 2007, pp. 303-306.

propio y actual en el proceso; iii) que el interés invocado por el tercero sea legítimo, y iv) que exista un proceso entre las partes procesales pendiente de resolución.

VIII. CONCLUSIONES

Vemos que es factible el empleo de la conciliación extrajudicial a fin de intentar la conclusión –de manera **especial**– de un proceso judicial. No importa si se agotó el requisito de procedibilidad previo o este no resultaba exigible al momento de interponerse la demanda, la premisa será que existiendo una relación jurídica procesal válida, cualquiera de las partes podrá intentar poner fin a la controversia de manera distinta a la expedición de una sentencia, pudiendo realizarse este acto siempre y cuando no exista sentencia firme y consentida, aun durante el trámite de apelación de sentencia.

A diferencia de la exigencia de la solicitud conjunta –del demandante y del demandado– para la convocatoria a una audiencia de conciliación que impera en el empleo de la conciliación procesal, en la conciliación extrajudicial vemos que el pedido puede ser formulado ante un centro de conciliación de manera individual e inclusive no existe limitación para que, acogiéndonos a la regulación procedimental específica, la solicitud de conciliación se presente de manera conjunta.

Queda claro que no importa si una controversia se encuentra judicializada, pues las partes pueden considerar el empleo de la conciliación extrajudicial a fin de intentar resolver sus controversias de manera dialogada y, de ser posible, de manera mutuamente satisfactoria, a fin de concluir un proceso judicial que solo puede darles la seguridad de que únicamente una de las partes saldría vencedora (sin la seguridad de que se sienta así) luego de interminables articulaciones procesales en un insufrible sistema de pluralidad de instancias. La práctica nos demuestra que cuando hay un juicio no siempre debemos esperar de manera pasiva que todo sea resuelto por el juez y podemos hacer un último esfuerzo que nos devuelva la paz de manera más rápida; porque a veces termina resultando cierto lo de "más vale un (no tan) mal arreglo que un buen juicio".

CAPÍTULO X

PANORAMA GENERAL SOBRE EL MÉRITO EJECUTIVO DE LAS ACTAS DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL



CAPÍTULO X

PANORAMA GENERAL SOBRE EL MÉRITO EJECUTIVO DE LAS ACTAS DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

"La justicia sin la fuerza es impotente; la fuerza sin justicia es tiránica".

Blaise Pascal

I. INTRODUCCIÓN

De ordinario se suele afirmar que las actas de conciliación extrajudicial que contienen acuerdos tienen el mismo valor que una sentencia judicial firme y consentida. Esta afirmación reposa tal vez en el hecho de que ambos instrumentos comparten algunas características comunes, ya sea porque: i) ambas resuelven de manera definitiva la controversia, ii) ambas evitan la revisión judicial de los hechos conflictivos; y iii) comparten la misma vía procesal cuando se tiene que acudir al órgano jurisdiccional cuando la parte obligada se muestra reacia a cumplir voluntariamente con sus obligaciones, teniendo que recurrirse al proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

Monroy[213] nos precisa que el propósito de un ordenamiento procesal es hacer efectivos los derechos materiales de los que son titulares las personas dentro de una sociedad. Cuando como producto de estas relaciones civiles o comerciales se producen conflictos de intereses distintos y contrapuestos sobre un mismo bien jurídico tutelado, surge la necesidad de que estos sean resueltos por un tercero, distinto a los protagonistas del conflicto. Esta función se llama **función jurisdiccional** y está a cargo con exclusividad del Estado, más exactamente de órganos especializados del Estado, concretamente los jueces y las cortes civiles.

(213) MONROY GÁLVEZ, Juan F. . *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos.* Comunida, Lima, 2003, pp. 663-664.

Así, el proceso civil existe porque en la realidad se presentan conflictos de intereses o incertidumbres con relevancia jurídica, que urge sean resueltas o despejadas para que haya paz social en justicia[214]. Por ello, socialmente hubo la necesidad de que los conflictos fueran solucionados por un tercero ajeno a aquel y el devenir histórico fue el que determinó que este tercero fuera parte de un poder del Estado que es quien se ha hecho cargo con exclusividad de esta actividad mediante el empleo de la función jurisdiccional.

En este orden de ideas, una vez interpuesta la demanda (como ejercicio del derecho de acción) corresponde al juez ser el gran director del proceso, en tanto lo dirige, dicta las resoluciones y realiza los actos procesales que sean necesarios, así como decide el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica de manera debidamente motivada y razonada, previa actuación y valoración de la actividad probatoria de las partes, y así cumple con el deber de velar por la rápida solución de la controversia; siendo que lo decidido a través de la sentencia tiene que ser cumplido obligatoriamente por las partes una vez que recae en la decisión judicial la autoridad de cosa juzgada. Pero la demanda es el punto inicial de un sinuoso camino que transcurre hasta el momento en que se pueda obtener un pronunciamiento definitivo en una sentencia y, en consecuencia, hacer efectivo ese derecho reconocido por la sentencia.

Empero, algunos procesos no culminan por decisión del juzgador sino de manera especial por el acuerdo de las partes contenido en una conciliación –que puede ser procesal o extrajudicial–, con lo cual merece particular atención conocer el valor como los requisitos de validez de las actas de conciliación así como el proceso para la ejecución de los acuerdos contenidos en ellas, a efectos de verificar que nos encontramos con instrumentos que poseen una serie de características muy particulares que nos hacen replantear su similitud con las sentencias judiciales y que presentan una problemática propia que analizaremos de manera general[215].

(214) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Temis. Santa Fe de Bogotá. 1996, pp. 199 y 200.

(215) Cfr. PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "Resulta paradójico que una declaración de nulidad no tenga como consecuencia la improcedencia de la demanda". En: *Actualidad Jurídica. Publicación mensual de Gaceta Jurídica*. Nº 214, Lima, setiembre de 2011, p. 96. "La subsanación de la demanda frente a la eventual nulidad del acta de conciliación". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Publicación mensual de Gaceta Jurídica. Nº 159, Año 17, Lima, diciembre de 2011, p. 133-145. "Se puede dilucidar la ejecución mediante actividad probatoria para el caso de actas de conciliación que contienen obligaciones condicionadas". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Publicación mensual de Gaceta Jurídica. Nº 176. Año 18. Lima, mayo de 2013, pp. 120-121. "¿Cómo evitar la improcedencia de la demanda? Recomendaciones desde el punto de vista de la Ley de Conciliación". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Publicación mensual de Gaceta Jurídica. Nº 2, Lima, agosto de 2013, pp.167-202. "La nulidad documental afecta solamente al mérito ejecutivo del acta de conciliación pero no al acto jurídico contenido". En: *Actualidad Jurídica*. Publicación mensual de Gaceta Jurídica, Tomo 241, Lima, diciembre de 2013, pp. 165-166. "Ejecución de las actas de conciliación con mérito ejecutivo: ¿cuál es el juez competente?". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Publicación mensual de Gaceta Jurídica. Nº 189, Año 19, Lima, Junio de 2014, pp. 117-120. "Mejorando la conciliación

II. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES: DE COGNICIÓN, EJECUTIVAS Y CAUTELARES

Chiovenda nos señala que el acto constitutivo de la relación procesal es la **demanda judicial**; el momento en que existe una demanda judicial es también el momento en el cual aquella relación tiene vida, y la demanda judicial existe en el momento en el cual es comunicada regularmente a la otra parte, y en aquel momento existe la relación procesal, siendo que las partes se encuentran envueltas en la relación procesal por el solo hecho de la demanda, quiera o no el demandado(216).

Siguiendo a Ledesma, podemos afirmar que cuando se postula un conflicto de intereses a la jurisdicción, este discurre por diversos caminos para su satisfacción. En un primer momento se va a orientar a conocer quién tiene la razón y quién no la tiene; luego de ello se procederá a hacer efectivo el derecho definido. En tanto puede concurrir la actividad cautelar, dirigida a asegurar y garantizar el eficaz desenvolvimiento de la jurisdicción con el derecho a declarar, siendo que junto con la **cognición** y la **ejecución**, la jurisdicción cumple un ciclo entero de funciones principales, a las que se agrega una tercera actividad, la **cautelar**(217).

Liebman(218) precisa que en el sistema del Derecho Procesal, la única clasificación legítima e importante es aquella que hace referencia a la especie y a la naturaleza de la providencia que se pide. Desde este punto de vista, las acciones se distinguen en tres categorías:

a) Las **acciones de cognición**, que es el derecho al juicio, conduciendo al pronunciamiento de una decisión del juez sobre el fondo de la pretensión contenida en la demanda(219).

---

procesal: a propósito de las modificaciones incorporadas al Código Procesal Civil por la Ley N° 30293 y su incidencia en la conciliación intraproceso". En: Especial: Últimas modificaciones al CPC y al CC. En: *Actualidad Civil*. Publicación del Instituto Pacífico. N° 7. Lima, enero de 2015, pp. 46-56. "Panorama general sobre el mérito ejecutivo de las actas de conciliación extrajudicial". En: *Ejecución de Sentencia*. Instituto Pacífico. Lima, mayo 2015, pp. 131-161. "Facilitando la ejecución de las actas de conciliación ante el juez competente". En: *Actualidad Civil*. Publicación del Instituto Pacífico. N° 22. Lima, abril de 2016, pp. 196-200. "Acerca del *efecto* de cosa juzgada de las actas de conciliación". En: *Actualidad Civil*. Publicación del Instituto Pacífico. N° 28, Lima, octubre de 2016, pp. 237-248.

(216) CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. REUS, Madrid, 1925, pp. 62-63.

(217) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo II. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 87.

(218) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. EJEA, Buenos Aires. 1980, pp. 119-120.

(219) Ibídem, pp. 121-122.

b) Las **acciones ejecutivas**, que es aquella actividad con la cual los órganos judiciales tratan de poner en existencia coactivamente un resultado práctico equivalente a aquel que habría debido producir otro sujeto, en cumplimiento de una obligación jurídica, siendo que la ejecución forzada modifica la situación de hecho existente[220].

c) Las **acciones cautelares**, que están dirigidas a asegurar, a garantizar el eficaz desenvolvimiento y el resultado de la cognición y la ejecución, siendo que la cautela que se pide tiene la finalidad de garantizar el resultado de la acción principal, poseyendo una característica adicional de que es una acción autónoma[221].

Monroy[222] afirma que si bien en sentido estricto el proceso judicial es unitario, es posible, atendiendo al propósito que se persigue con su uso o al derecho material que se pretende hacer efectivo con él, establecer criterios clasificatorios del proceso, siendo que por su función –tomando en cuenta el propósito o la naturaleza de la satisfacción jurídica que se persigue con su uso– los procesos pueden ser clasificados en tres tipos: **declarativo o de conocimiento, de ejecución y cautelar**.

a) **El proceso declarativo** o **de conocimiento** tiene como presupuesto material la constatación de una **inseguridad** o **incertidumbre** con relación a la existencia de un derecho material en un sujeto, situación que ha devenido en un conflicto con otro, quien concibe que el derecho referido no acoge el interés del primer sujeto, sino el suyo. Así, tales opiniones contrarias requieren ser expresadas, probadas, alegadas y finalmente resueltas a través de un proceso judicial en donde el juez, al final, haciendo uso del sistema jurídico vigente, decide mantener y certificar la legalidad de la situación jurídica previa al inicio del proceso, o de otro lado, declara extinguida esta y crea una nueva. Cualquiera de estas dos posibilidades se concreta a través de una resolución judicial.

b) **El proceso de ejecución** tiene un singular punto de partida, una situación fáctica inversa a la anteriormente descrita, esta vez en lugar de **incertidumbre**, lo que hay es una **seguridad** en un sujeto de derechos, respecto de la existencia y reconocimiento jurídico de un derecho material (que está contenido en un **título**). A pesar de

(220) Ibídem, pp. 149-159.
(221) Ibídem, pp. 161-164.
(222) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*, pp. 136-141.

lo expresado, la necesidad de utilizar este proceso se presenta porque no obstante la contundencia del derecho, este no es reconocido –expresa o tácitamente– por el sujeto encargado de su cumplimiento.

c) **El proceso cautelar** es el instrumento a través del cual una de las partes litigantes, generalmente el demandante, pretende lograr que el juez ordene la realización de medidas anticipadas que garanticen la ejecución de la decisión definitiva, para cuando esta se produzca.

En términos generales, se acepta pacíficamente que el proceso de cognición se encuentra compuesto de varias etapas(223), a saber:

La primera etapa denominada **postulatoria**, corresponde al inicio de la relación procesal mediante la interposición de la respectiva demanda conteniendo las pretensiones formuladas por el demandante en contra del demandado, aparejada de los respectivos medios probatorios y la posterior respuesta del emplazado a través del ejercicio de defensas de forma y fondo, la contestación de la demanda y eventual formulación de reconvención. En esta etapa hay exigencia de que el juez verifique el cumplimiento de los requisitos de una relación jurídica procesal válida, se sanee el proceso y se precisen los puntos controvertidos, siendo que la realización de la conciliación judicial tiene el carácter de facultativa.

Luego viene la etapa **probatoria** en la que corresponde al juez actuar los medios probatorios ofrecidos por las partes y, eventualmente, podría ordenar la actuación de medios probatorios adicionales (incluyendo los medios probatorios de oficio) que le permitan lograr certeza respecto de los puntos controvertidos y pueda, en consecuencia, fundamentar su decisión.

Sigue a esta la etapa **decisoria** por la que corresponde al juzgador expedir sentencia decidiendo la controversia. El juez debe resolver la totalidad de los puntos controvertidos y dirimir el conflicto de intereses o eliminar la incertidumbre jurídica, aplicando el derecho que corresponde al caso concreto, a través de una adecuada motivación jurídica de la sentencia.

Finalmente, queda abierta la posibilidad de que la parte que no haya obtenido sentencia favorable pueda hacer uso de su facultad de solicitar un nuevo examen de la sentencia por parte del superior jerárquico a través de la interposición de medios impugnatorios, dando inicio a la etapa **impugnatoria**. Este es una especie de control de la actuación de un juez solicitando al

(223) Ibídem, p. 106.

superior jerárquico que anule o revoque la decisión del magistrado de primera instancia y que tiene sustento constitucional en el principio de **pluralidad de la instancia** consagrado en el artículo numeral 6 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993.

Agotadas todas las fases señaladas, y adquiriendo la sentencia la autoridad de cosa juzgada, recién quedará en condiciones de poder hacer efectivos los derechos declarados ingresando a una etapa **ejecutoria** mediante el inicio de un proceso de ejecución.

Debemos acotar que cuando una controversia se resuelve a través del empleo de la conciliación extrajudicial –concebida mayoritariamente como un simple requisito de procedibilidad, aunque debería ser considerada también como una forma de solucionar controversias– ya no será necesario iniciar un proceso de cognición pues la controversia ha sido resuelta por el acuerdo de voluntad de las partes, siendo que en el caso de un eventual incumplimiento de los acuerdos conciliatorios se acude directamente a la etapa de ejecución atendiendo al mérito ejecutivo del acta de conciliación que es un título ejecutivo.

III. EL VALOR DEL ACTA DE CONCILIACIÓN

De ordinario, al emplear el término **acta** nos referimos a todo documento que contiene el detalle de lo acontecido en un determinado evento, ya sea a nivel procesal, electoral, etc.; aceptándose de manera pacífica que este documento deberá contener la trascripción más o menos fidedigna de lo sucedido, tratado o acordado en dicho evento o reunión y que termina plasmado en dicho documento. Pero recordemos que, según el artículo 16 de la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación (en adelante la Ley), modificado por el Decreto Legislativo Nº 1070, el Acta **–de conciliación–** es el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes en la conciliación extrajudicial, lo que sugiere un tratamiento normativo especial.

Entonces, este término merece un tratamiento especial cuando sea empleado para referirse a un **acta de conciliación** expedida en el contexto de un procedimiento de conciliación extrajudicial, ya que, dependiendo de su contenido, se entenderá recién el valor y características que posee dicha acta, ya sea como consecuencia de transitar por la conciliación sin llegar a un acuerdo –presentando el acta un valor de **requisito de procedibilidad**–, o habiendo arribado a un acuerdo, este no se haya cumplido y tenga que iniciarse el respectivo proceso de ejecución de las obligaciones contenidas en el acta de conciliación –que en este caso posee el mérito de ser **título ejecutivo**–.

Es preciso entonces reiterar que esta manifestación de voluntad es expresada únicamente al interior de un procedimiento conciliatorio, y por medio de ella es que se le puede poner fin al mismo de diversas maneras, tal como lo prevé el artículo 15 de la Ley de Conciliación que regula las formas de conclusión del procedimiento conciliatorio y la consecuente expedición de las respectivas actas de conciliación, sea por acuerdo total, parcial, falta de acuerdo, o por inasistencia de una o ambas partes, aparte de los casos de conclusión del procedimiento por decisión debidamente motivada del conciliador.

1. Las actas de conciliación con acuerdo son títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial

Recordemos que son las partes las que están en condición de poder llegar a un acuerdo de manera total o parcial, en cuyo caso el acta de conciliación contendrá la manifestación de voluntad de las partes en el sentido de solucionar de manera total o parcial la controversia, evitando la judicialización de las controversias resueltas y teniendo el acta valor de **título ejecutivo de naturaleza extrajudicial**[224].

El vigente artículo 18 de la Ley de Conciliación, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1070, considera que el acta de conciliación con acuerdo conciliatorio constituye **título de ejecución**. Obviamente, esta disposición legal es contraria a las modificaciones introducidas en nuestro ordenamiento procesal por el Decreto Legislativo Nº 1069, que desde junio de 2008 ha derogado la distinción entre **títulos ejecutivos y títulos de ejecución**, encontrándonos ahora con la regulación contenida en el artículo 688 del Código Procesal Civil que únicamente considera la existencia de **títulos ejecutivos de naturaleza judicial y extrajudicial**, atendiendo al criterio procesal de la naturaleza jurisdiccional o no del ente que expide el instrumento. En este orden de ideas, las actas de conciliación extrajudicial con acuerdo total o parcial deben ser consideradas como **títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial**.

Por otro lado, el precitado artículo 18 de la Ley de Conciliación establece que los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en las actas de conciliación con acuerdo total o parcial se ejecutarán a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales. El artículo 22, *in fine*,

(224) Debemos precisar la discrepancia que mantiene el artículo 18 de la Ley de Conciliación que sigue considerando al acta de conciliación con acuerdo conciliatorio como **título de ejecución**, situación que colisiona con las modificaciones incorporadas al Código Procesal Civil por el Decreto Legislativo Nº 1069, que, al derogar el artículo 713 (referente a títulos de ejecución) y modificar el artículo 688 del Código adjetivo, unifica las reglas del proceso de ejecución y considera a las actas de conciliación con acuerdo como **títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial**.

del Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS, señala que el acta de conciliación se ejecutará a través del proceso único de ejecución. Una lectura sistemática de la estructura del Proceso Único de Ejecución nos dará como respuesta que la vía procesal correcta para la ejecución de las actas de conciliación será el proceso de ejecución de resoluciones judiciales (aplicando los arts. 715, 716 y 717 del Código Procesal Civil), pero cumpliendo las disposiciones generales del proceso único de ejecución (señaladas en los artículos 688 al 692-A del Código adjetivo).

2. Las actas de conciliación sin acuerdo son requisitos de procedibilidad

Pero también existe la posibilidad de que, a pesar de los esfuerzos de todas las partes intervinientes en el procedimiento conciliatorio, no se pueda llegar a encontrar una solución aceptada por todas las partes, caso en el cual el acta contiene la manifestación de esas mismas partes de expresar la falta de acuerdo y el hecho de intentar resolver su controversia mediante otra vía distinta a la vía conciliatoria, con lo cual el acta posee el valor de ser **requisito de procedibilidad**. Asimismo, el hecho de computarse las inasistencias de cualquiera de las partes ya sea de una de ellas a dos sesiones –consecutivas o no– o de todas las partes a una sesión, implica el hecho de poner fin al procedimiento conciliatorio, lo que queda plasmado en el acta respectiva.

Recordemos que, superando aquella distinción clásica entre **requisitos de forma y requisitos de fondo** para señalar cuándo nos encontrábamos frente a un requisito de admisibilidad y uno de procedibilidad, y que aún mantiene nuestro Código Procesal Civil[(225)], la moderna doctrina procesal ahora diferencia un requisito de admisibilidad de un requisito de procedibilidad cuando, en caso de ausencia de dicho requisito, la ley permite su subsanación o no. Así, será requisito de admisibilidad cuando se permita la subsanación de dicha omisión, y será requisito de procedibilidad cuando no se permita su subsanación.

En este sentido, el valor de las actas de conciliación sin acuerdo es que se constituyen en **requisitos de procedibilidad**, pero únicamente en los casos que se expidan por falta de acuerdo, por inasistencia del invitado o en determinados casos de conclusión fundamentada, como ocurre cuando el invitado se niega a firmar el acta o se retira antes de la conclusión de la audiencia. Dicho valor se desprende del mandato procesal contenido en el artículo 6 de

(225) Código Procesal Civil.
"Artículo 128.- Admisibilidad y Procedencia
El Juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece un requisito de forma o este se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es un requisito de fondo".

la Ley de Conciliación, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1070, que señala que "si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la audiencia respectiva ante un centro de conciliación Extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el Juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar".

Es decir, cuando se interponga una demanda que verse sobre materia conciliable obligatoria[226], si el juez advierte que el demandante no acredita haber solicitado, concurrido y permanecido en la audiencia de conciliación respectiva en su condición de solicitante, entonces deberá declarar improcedente la demanda interpuesta, debiendo proceder de acuerdo a lo señalado en el artículo 427 del Código adjetivo, declarándola improcedente de plano y devolviendo los anexos, no permitiendo su subsanación. Aunque es preciso destacar que la exigencia de las actas de conciliación como requisito de procedibilidad presenta un ámbito territorial muy limitado que se viene ampliando de manera progresiva.

GRÁFICO
MÉRITO DE LAS ACTAS DE CONCILIACIÓN



(226) Cfr. PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "¿...Y eso es conciliable?: la vigente (y complicada) regulación de las materias conciliables en la Ley de Conciliación Extrajudicial". En: *Revista Jurídica del Perú*. Nº 116. Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2010, pp. 283-315.

IV. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL ACTA

Reiteramos lo prescrito en el artículo 16 de la Ley de Conciliación, que señala que el acta es el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes en la conciliación extrajudicial, y su validez está condicionada a la observancia de las formalidades establecidas en la ley, bajo sanción de nulidad.

Esto nos lleva a afirmar que el acta de conciliación se constituye en un documento estrictamente formal, ya que la ausencia de alguno de los requisitos señalados en el artículo 16 de la Ley de Conciliación acarrea necesariamente la **nulidad documental** del acta, concepto del que nos ocuparemos más delante. Además es pertinente recordar que el acta debe ser redactada por el conciliador, cuidando que contengan las formalidades establecidas en la Ley, así como que el acuerdo conciliatorio conste en forma clara y precisa, de acuerdo a lo prescrito por los numerales 2 y 12 del artículo 44 del reglamento.

Así, y conforme lo señalado por el artículo 16 de la Ley[227], los requisitos que debe contener toda acta de conciliación son los siguientes:

---

(227) Ley Nº 26872. Ley de Conciliación:

"Artículo 16.- Acta

El Acta es el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes en la Conciliación Extrajudicial. El Acta debe contener necesariamente una las formas de conclusión del procedimiento conciliatorio señaladas en el artículo anterior. El Acta deberá contener lo siguiente:

a. Número correlativo.
b. Número de expediente.
c. Lugar y fecha en la que se suscribe.
d. Nombres, número del documento oficial de identidad y domicilio de las partes o de sus representantes y, de ser el caso, del testigo a ruego.
e. Nombre y número del documento oficial de identidad del conciliador.
f. Número de registro y, de ser el caso, registro de especialidad del conciliador.
g. Los hechos expuestos en la solicitud de conciliación y, en su caso, los hechos expuestos por el invitado como sustento de su probable reconvención, así como la descripción de la o las controversias correspondientes en ambos casos. Para estos efectos, se podrá adjuntar la solicitud de conciliación, la que formará parte integrante del Acta, en el modo que establezca el Reglamento.
h. El Acuerdo Conciliatorio, sea total o parcial, consignándose de manera clara y precisa los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles acordadas por las partes; o, en su caso, la falta de acuerdo, la inasistencia de una o ambas partes a la Audiencia o la decisión debidamente motivada de la conclusión del procedimiento por parte del conciliador.
i. Firma del conciliador, de las partes intervinientes o de sus representantes legales, de ser el caso.
j. Huella digital del conciliador, de las partes intervinientes o de sus representantes legales, de ser el caso.
k. El nombre, registro de colegiatura, firma y huella del Abogado del centro de conciliación Extrajudicial, quien verificará la legalidad de los acuerdos adoptados, tratándose del acta con acuerdo sea este total o parcial.

En el caso que la parte o las partes no puedan firmar o imprimir su huella digital por algún impedimento físico, intervendrá un testigo a ruego quien firmará e imprimirá su huella digital. En el caso de los analfabetos, también intervendrá un testigo a ruego, quien leerá y firmará el Acta de Conciliación. La impresión de la huella digital del analfabeto importa la aceptación al contenido del Acta. En ambos casos se dejará constancia de esta situación en el Acta.

1. Número correlativo

Corresponde al número de acta, esto es, el número de orden de expedición del acta de conciliación, el cual será asignado por el centro de conciliación según su propio registro interno. Cada acta deberá tener su propio número correlativo a efectos de que pueda ser individualizada en el registro de actas respectivo.

2. Número de expediente

Debe ser el mismo número de expediente con el cual se registró la solicitud ingresada al centro de conciliación y que dio inicio al procedimiento conciliatorio. Nótese que no necesariamente existirá coincidencia entre el número de acta y el número de expediente pues son registros independientes.

3. Lugar y fecha en la que se suscribe el acta

Se exige este requisito a fin de tener certeza acerca de la fecha en que concluyó el procedimiento conciliatorio, y poder calcular la fecha de reinicio del cómputo de los plazos de prescripción establecidos en el Código Civil, los cuales se suspendieron al momento de la presentación de la solicitud y, conforme al artículo 19 de la Ley y 23 del Reglamento se reinician en la fecha de conclusión de la Audiencia de Conciliación señalada en el acta para los casos en que la conciliación fuese parcial o no se hubiera realizado.

4. Nombres, número del documento oficial de identidad y domicilio de las partes o de sus representantes

Esta información es vital ya que nos permite identificar e individualizar a las partes intervinientes en el procedimiento conciliatorio como son el **solicitante** y el **invitado**. En este caso resulta interesante verificar varias situaciones.

La omisión de alguno de los requisitos establecidos en los literales a), b), f), j) y k) del presente artículo no enervan la validez del Acta, en cualquiera de los casos de conclusión de procedimiento conciliatorio señalado en el artículo 15.

La omisión en el Acta de alguno de los requisitos establecidos en los incisos c), d), e), g), h), e i) del presente artículo, dará lugar a la nulidad documental del Acta, que en tal caso no podrá ser considerada como título de ejecución, ni posibilitará la interposición de la demanda. En tal supuesto, la parte afectada podrá proceder conforme a lo establecido en el artículo 16-A.

El Acta no deberá contener en ningún caso, enmendaduras, borrones, raspaduras ni superposiciones entre líneas, bajo sanción de nulidad.

El Acta no podrá contener las posiciones y las propuestas de las partes o del conciliador, salvo que ambas lo autoricen expresamente, lo que podrá ser merituado por el juez respectivo en su oportunidad"(*)

(*) Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1070, publicado el 28 de junio de 2008.

En el primer caso, cuando hay acuerdo entre las partes, esos datos de identificación nos permiten además señalar de manera indubitable quiénes son las partes y a cuál domicilio se exigirá el cumplimiento de la obligación contenida en el acta en el caso de que la parte obligada incumpla con lo acordado.

Cuando no hay acuerdo entre las partes, se deja constancia de los nombres, identificación y domicilio de ambas partes, las cuales participaron del desarrollo de la audiencia. En este caso, a nivel judicial, los domicilios consignados en el acta de conciliación deberán ser coincidentes a los señalados en la futura demanda.

De manera similar se presenta la situación en la cual el procedimiento de conciliación concluye por inasistencia de una de las partes a dos sesiones, en cuyo caso los domicilios consignados en el Acta deberán ser coincidentes con los señalados en la solicitud, y deberán ser plasmados de manera idéntica en la futura demanda.

Si el acta es redactada por inasistencia de ambas partes, esta no podrá ser empleada por el futuro demandante, pues no tiene valor como requisito de procedibilidad al tener que acreditarse por parte del demandante no solamente haber solicitado sino también concurrido a la audiencia de conciliación, conforme lo señala el artículo 6 de la Ley.

Recordemos que por disposición expresa del literal a) del artículo 7-A de la Ley, no procede la conciliación cuando se desconoce el domicilio del invitado a conciliar, debiendo demandarse directamente y señalando que se desconoce el domicilio del invitado a fin de que la demanda interpuesta no sea declarada improcedente. De igual forma, deberá declararse improcedente la demanda cuando no exista coincidencia del domicilio del invitado señalado en la solicitud y en el acta con el que figure de manera distinta en la posterior demanda.

5. Nombre y número de documento oficial de identidad del conciliador

Este dato nos permitirá identificar indubitablemente al conciliador extrajudicial que guió el procedimiento conciliatorio.

6. Número de registro y, de ser el caso, registro de especialidad del conciliador

Este dato nos permitirá complementar la identificación del conciliador extrajudicial en lo que respecta a su habilitación para ejercer función conciliadora mediante el respectivo número de acreditación tanto como conciliador

extrajudicial y/o conciliador especializado que consta en el Registro Nacional Único (RNU) de Conciliadores del Ministerio de Justicia.

7. Los hechos expuestos en la solicitud de conciliación y, en su caso, los hechos expuestos por el invitado como sustento de su probable reconvención, así como la descripción de la o las controversias correspondientes en ambos casos

En este punto es pertinente señalar que, en principio, el acta de conciliación contendrá las **pretensiones determinadas** consignadas por el solicitante en la solicitud de conciliación, pero eventualmente en el acta se podrán incluir las posibles **pretensiones determinables** que pueden ser propuestas por cualquiera de las partes después de la presentación de la solicitud y durante el desarrollo de la audiencia de conciliación. Recordemos que el Decreto Legislativo Nº 1070 también modificó el artículo 445 del Código Procesal Civil precisando que, en caso de que la pretensión reconvenida sea materia conciliable, el juez para admitirla deberá verificar la asistencia del demandado a la audiencia de conciliación y que conste la descripción de la o las controversias planteadas por este en el acta de conciliación presentada anexa a la demanda.

Un tema importante que se origina por el hecho de presentar las actas de conciliación ante el Poder Judicial es el referido a la inclusión de la pretensión como parte de los requisitos que debe contener toda acta de conciliación. Al respecto es importante manifestar lo siguiente:

Al momento de presentarse la solicitud de conciliación, esta debe cumplir con una serie de requisitos establecidos en el artículo 12 del Reglamento, específicamente lo señalado en el numeral 6, referente a los hechos que dieron lugar al conflicto, y el numeral 8, que señala que debe contener la pretensión, indicada con orden y claridad, precisando la materia a conciliar.

En otras palabras, en la solicitud se deberá indicar de manera indistinta tanto los hechos que dieron origen al conflicto así como la pretensión del solicitante. Así, de manera legal se hace la distinción entre los hechos, que no será otra cosa que el equivalente a los fundamentos de hecho contenidos en una demanda; y de la pretensión, que equivale al petitorio de la demanda. Los relatos de los hechos siempre serán los mismos ya sea en la solicitud de conciliación, o en la descripción de las controversias que se plasma en el acta, o en la posterior demanda que se pueda interponer por la falta de acuerdo conciliatorio.

En tanto que el literal g del artículo 16 de la ley señala que es requisito formal de toda acta la **descripción de las controversias**, así, como es fácil

de advertir, la exigencia de la formalidad del acta se refiere únicamente a la descripción de las controversias, esto es, al relato de los hechos considerados como controversias entre las partes y que al no haberse solucionado mediante la vía conciliatoria se exige su cumplimiento en la vía judicial mediante el pronunciamiento del órgano jurisdiccional.

Por ello solamente deberán señalarse los hechos que dieron origen al conflicto mencionándolos con claridad y precisión y se consignarán las controversias planteadas por las partes (solicitante e invitado), siendo que si la conciliación no se ha realizado, solo deberá dejarse constancia en el acta del hecho que lo motivó, cuando se deba a la falta de acuerdo, inasistencias de ambas partes a una sesión, a inasistencia de una de las partes a dos sesiones, siendo que de ninguna manera se dejará constancia en el acta de las propuestas o la posición de las partes, a menos que ambas partes lo autoricen expresamente.

8. El acuerdo conciliatorio, sea total o parcial, estableciendo de manera clara y precisa los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles acordadas por las partes; o, en su caso, la falta de acuerdo, la inasistencia de una o ambas partes a la audiencia o la decisión debidamente motivada de la conclusión del procedimiento por parte del conciliador

El acta puede contener el acuerdo conciliatorio, sea este total o parcial, es decir, cuando las partes acordaron resolver la totalidad de sus controversias o solo algunas de ellas, dejando otras sin resolver.

El acuerdo conciliatorio, sea total o parcial, debe establecer de manera precisa los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles de las partes, entendiendo por derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles:

Son **ciertas** cuando están perfectamente descritas en el acta de conciliación no existiendo inconveniente alguno para que las prestaciones convenidas sean genéricas. Son **expresas** cuando constan por escrito en el acta. Son **exigibles** cuando las partes señalan el momento a partir del cual cada una de ellas puede solicitarle a la otra el cumplimiento de lo acordado.

Deberá señalarse también, con claridad, el lugar y modo en que se cumplirá lo acordado.

Debe quedar claro que si el acuerdo conciliatorio es parcial, deberán quedar perfectamente señalados y descritos, en el acta, los puntos respecto de los cuales no se hubiera llegado a solución alguna.

Si la conciliación no se ha realizado, solo deberá dejarse constancia en el acta del hecho que lo motivó, cuando se deba a inasistencias de ambas partes a una sesión, o a la inasistencia de una de las partes a dos sesiones.

La decisión debidamente motivada del conciliador, de acuerdo al artículo 15, literal f) de la Ley, se produce en audiencia efectiva (que cuenta con presencia del solicitante y del invitado) y únicamente por advertir violación a los principios de la conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a firmar el acta de conciliación, siendo que en los dos últimos supuestos el acta de conciliación sirve como requisito de procedibilidad para la parte que no provocó la conclusión fundamentada de la audiencia.

9. Firma y huella digital del conciliador, de las partes intervinientes o de sus representantes legales, de ser el caso

El acta se considerará válida si es que ha sido debidamente suscrita por todas las partes que intervinieron en la realización de la audiencia y además han estampado su huella digital. La justificación radica en que la firma proporciona seguridad acerca de que han sido las partes y no otras las que han suscrito el acta, pero la idea ha sido brindarle mayor seguridad a un instrumento privado mediante la inclusión de la huella digital como un requisito adicional a la firma, ya que, a diferencia de esta, la huella digital es más difícil de ser falsificada. La excepción de la inclusión de la firma como requisito formal se da únicamente para los casos en que alguna de las partes intervinientes sea analfabeta, y por consiguiente no sabe leer, escribir y ni siquiera firmar, o cuando se encuentre imposibilitada de hacerlo, situación en la que forzosamente deberá concurrir con un testigo a ruego.

10. Nombre, registro de colegiatura, firma y huella del abogado del centro de conciliación, quien verificará la legalidad de los acuerdos adoptados, tratándose del acta con acuerdo sea este total o parcial

En este caso, debemos entender que no siempre será de exigencia este requisito formal, debido a que no toda acta de conciliación contendrá acuerdos conciliatorios, por lo que solamente se deberá exigir el cumplimiento de este requisito cuando el acta de conciliación contenga acuerdos totales o parciales, en cuyo caso se hace necesario el acto de verificar la legalidad de los acuerdos, descartando su exigencia en aquellas actas que no contengan acuerdos.

Por otro lado, la participación del abogado del centro de conciliación se da de manera complementaria en el procedimiento conciliatorio cuando el

conciliador que ha guiado el procedimiento conciliatorio no es abogado, en este sentido el artículo 29 de la ley señala que es función del abogado del centro de conciliación supervisar la legalidad de los acuerdos. Pero, por disposición expresa del numeral 4.f) del artículo 43 del Reglamento, el conciliador que no es abogado debe consultar con el abogado del centro de conciliación la legalidad del acuerdo conciliatorio.

11. Participación de testigos a ruego[228]

Cuando se contempla la participación de un testigo a ruego, este deberá firmar e imprimir su huella digital en el acta de conciliación, para el caso de personas analfabetas o que por cualquier circunstancia no puedan firmar ni poner su huella digital en el acta de conciliación. Esto complementa lo señalado en la parte final del numeral 1 del citado artículo 21 del Reglamento que contempla la participación de **testigos a ruego**, para el caso de personas analfabetas o que, por cualquier circunstancia, se encuentren impedidas de firmar. En estos casos, el testigo a ruego es designado por la parte respectiva y deberá suscribir el acta de conciliación en señal de conformidad[229].

Recordemos que, de acuerdo al artículo 16, *in fine*, del Reglamento de la Ley de Conciliación, uno de los requisitos de la invitación para conciliar que se cursa a las partes es señalar obligatoriamente que estas deben concurrir a la audiencia de conciliación acompañadas con un testigo a ruego en el caso de que sean analfabetas o por cualquier circunstancia se encuentren impedidas de firmar[230]. Con ello tenemos que su presencia es obligatoria, y el hecho de que una de las partes que se encuentre impedida de firmar no concurra acompañada por un testigo a ruego hace imposible la realización de la audiencia de conciliación y la consecuente suscripción del acta de conciliación, cualquiera que sea el resultado del procedimiento conciliatorio.

(228) Para un mejor detalle de la participación de las partes y terceros en un procedimiento conciliatorio, especialmente asesores y testigos a ruego, Cfr. PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "Intervención de los sujetos en el proceso judicial y en el procedimiento conciliatorio". En: *Actualidad Civil*. Publicación del Instituto Pacífico. N° 1. Lima, julio de 2014, pp. 246-268.

(229) Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo N° 014-2008-JUS:
"Artículo 21.- Reglas de la Audiencia de Conciliación
Para la realización de la Audiencia de Conciliación deberán observarse las siguientes reglas: (...)
1. (...)
Para el caso de las personas analfabetas o que no puedan firmar la conciliación se llevará a cabo con la participación del testigo a ruego que aquellas designen y que deberá suscribir el Acta (...)".

(230) Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo N° 014-2008-JUS:
"Artículo 16.- Contenido de las invitaciones a conciliar
(...)
Adicionalmente, en las invitaciones, el Centro de conciliación deberá consignar obligatoriamente la indicación pertinente para que en el caso de personas analfabetas o que no puedan firmar, estas comparezcan acompañadas de un testigo a ruego".

12. Prohibición de incluir las propuestas o la posición de las partes

El último párrafo del artículo 16 de la ley señala **que el acta no podrá contener las posiciones o las propuestas de las partes o del conciliador, salvo que ambas lo autoricen expresamente, lo que podrá ser merituado por el Juez respectivo en su oportunidad.**

Como es fácil advertir, es requisito indispensable del acta de conciliación la descripción de las controversias, lo cual es totalmente distinto a la prohibición contenida en el último párrafo del mismo artículo, que se refiere a las propuestas o posiciones de cualquiera de las partes que se efectúen al interior del procedimiento conciliatorio. Es más, esto último debe ser complementado con el artículo 10 del reglamento de la Ley de Conciliación, el cual señala que, con relación a la confidencialidad que dispone el artículo 8 de la Ley, entiéndase que todo lo sostenido o propuesto en el proceso de conciliación carece de valor probatorio en cualquier proceso judicial, arbitraje o administrativo que se promueva posteriormente, aun en aquellos que se originen en hechos distintos a los que dieron origen a la controversia materia de conciliación, entendiéndose, *a contrariu sensu*, que en el acta solamente deben constar las controversias que dieron origen al procedimiento de conciliación y la forma en que solucionó el problema, o la ausencia de solución ya sea por falta de acuerdo, inasistencia de una parte a dos sesiones o inasistencia de las partes a una sesión o los casos de conclusión debidamente motivada. Como vemos, la excepción a esta disposición la tenemos cuando ambas partes autorizan expresamente la incorporación de las posiciones o propuestas en el acta, debiendo usarse el formato oficial respectivo (**formato L**).

13. Otros requisitos de validez del acta

Asimismo, el acta no deberá contener en ningún caso, enmendaduras, borrones, raspaduras ni superposiciones entre líneas, bajo sanción de nulidad. Esto obliga a los conciliadores a ser muy escrupulosos en la expedición de las actas de conciliación pues no están permitidas las anotaciones marginales o interlineales o cualquier tipo de incorporación o rectificación de datos pues esto significaría la nulidad del acta que no podría ser empleada ni como requisito de procedibilidad ni como título ejecutivo.

V. CLASIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DEL ACTA

De una lectura del artículo 16 de la Ley podríamos distinguir claramente dos clases de requisitos de validez en todas las actas de conciliación, pues se establece que de todos los requisitos señalados solo la ausencia de algunos de ellos –los requisitos establecidos en los incisos c), d), e), g), h), e

i) del artículo 16, y que podemos denominar **requisitos esenciales de validez**– van a afectar la validez del acta al provocar la **nulidad documental** de la misma, como veremos más adelante.

1. Requisitos no esenciales de validez

Cuando la Ley señala que la omisión de alguno de los requisitos establecidos en los literales a), b), f), j) y k) del artículo 16 de la Ley no enervan la validez del acta, en cualquiera de los casos de conclusión de procedimiento conciliatorio señalado en el artículo 15, nos encontramos frente a lo que podríamos denominar **requisitos no esenciales**, ya que su ausencia no afecta de ninguna manera la validez del acta de conciliación, que puede ser empleada ya sea como título ejecutivo o como requisito de procedibilidad.

Estos requisitos no esenciales son: el número correlativo del acta; el número de expediente, el número de registro y, de ser el caso, registro de especialidad del conciliador; la huella digital del conciliador, de las partes intervinientes o de sus representantes legales, de ser el caso y el nombre, registro de colegiatura, firma y huella del abogado del centro de conciliación extrajudicial, quien verificará la legalidad de los acuerdos adoptados, tratándose del acta con acuerdo sea este total o parcial.

2. Requisitos esenciales de validez

Pero, cuando la Ley señala que la omisión en el acta de alguno de los requisitos establecidos en los incisos c), d), e), g), h), e i) del artículo 16 de la Ley dará lugar a la **nulidad documental del acta**, y que en tal caso no podrá ser considerada como título de ejecución, ni posibilitará la interposición de la demanda, debemos considerar a estos requisitos como **requisitos esenciales de validez**, ya que su ausencia afecta con una **nulidad documental** el valor del acta de conciliación –sea como título ejecutivo o como requisito de procedibilidad–[231] e imposibilita su empleo.

Estos requisitos esenciales de validez son: el lugar y fecha en la que se suscribe el acta; los nombres, número del documento oficial de identidad y domicilio de las partes o de sus representantes y, de ser el caso, del testigo

(231) Si bien es cierto el acta que adolece de ausencia de requisitos esenciales de validez se ve afectada por una **nulidad documental**, lo cierto es que, en virtud a lo señalado por el artículo 22 del Reglamento, en el caso particular de las actas con acuerdos conciliatorios esta nulidad no afecta el acto jurídico que contienen, el cual no podrá ser exigido bajo la reglas del proceso de ejecución de resoluciones judiciales, pero que sigue resultando válido, pero que deberá ser reclamando bajo las reglas de un proceso cognitivo y sus consabidas etapas postulatoria, probatoria, decisoria, impugnatoria y una vez obtenida una sentencia firme y consentida pasar recién a la etapa de ejecución.

a ruego; el nombre y número del documento oficial de identidad del conciliador; los hechos expuestos en la solicitud de conciliación y, en su caso, los hechos expuestos por el invitado como sustento de su probable reconvención, así como la descripción de la o las controversias correspondientes en ambos casos; el acuerdo conciliatorio, sea total o parcial, consignándose de manera clara y precisa los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles acordadas por las partes; o, en su caso, la falta de acuerdo, la inasistencia de una o ambas partes a la audiencia o la decisión debidamente motivada de la conclusión del procedimiento por parte del conciliador; la firma del conciliador, de las partes intervinientes o de sus representantes legales, de ser el caso.

Asimismo, como ya hemos visto, el acta no deberá contener, en ningún caso, enmendaduras, borrones, raspaduras ni superposiciones entre líneas, bajo sanción de nulidad. El acta tampoco podrá contener las posiciones y las propuestas de las partes o del conciliador, salvo que ambas lo autoricen expresamente.

En tal supuesto –la ausencia de **requisitos esenciales de validez**–, la parte afectada podrá proceder conforme a lo establecido en el artículo 16-A de la Ley.

VI. FORMATOS OFICIALES

Por Resolución Ministerial N° 0235-2009-JUS se aprobaron los modelos de formatos tipo de actas para su utilización en los centros de conciliación, los cuales sirven para uniformizar la expedición de las actas de conciliación y que corresponden a los formatos de acta de conciliación con acuerdo total, acuerdo parcial, por falta de acuerdo entre las partes, por inasistencia de una de las partes a dos sesiones consecutivas o no, por inasistencia de ambas partes a una sesión, por casos de conclusión debidamente motivada así como los formatos de solicitud, invitaciones para conciliar y demás que se usan en los centros de conciliación. Estos se reproducen como anexos en la parte pertinente de este libro.

VII. FORMAS DE CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y TIPOS DE ACTAS

El artículo 15 de la Ley de Conciliación establece las formas de conclusión del procedimiento conciliatorio y, por su parte, el artículo 16 de la Ley señala que el acta debe contener necesariamente una de las formas de conclusión del procedimiento conciliatorio señaladas en el artículo anterior. Así, tenemos

que el procedimiento conciliatorio puede concluir y generar cualquiera de los siguientes tipos de actas, a saber:

1. Acuerdo total de las partes

Este supuesto se produce cuando las partes han concurrido a la audiencia de conciliación y se han puesto de acuerdo respecto de todos los puntos relativos a su conflicto de intereses y señalados como tales en la solicitud de conciliación y a lo largo del procedimiento conciliatorio, es decir, cuando se han resuelto todas las pretensiones determinadas y las eventuales pretensiones determinables que se hubieran incorporado dentro del procedimiento. Debemos precisar que el acta con acuerdo es título ejecutivo de naturaleza extrajudicial y que, en caso de incumplimiento, puede ser ejecutada mediante el proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

2. Acuerdo parcial de las partes

Esta situación se da cuando las partes han concurrido a la audiencia y se han puesto de acuerdo respecto de alguno o algunos de los puntos controvertidos, dejando otros sin resolver. Debemos precisar que el acuerdo parcial no se refiere a la pluralidad de sujetos, en los se llegan a acuerdos conciliatorios solo entre algunos de ellos, sino que se refiere exclusivamente a una pluralidad de pretensiones en las que algunas son resueltas y otras no.

En este caso específico el acta de conciliación tiene un doble valor, pues respecto de las controversias sobre las cuales se llegaron a acuerdos el acta posee mérito de título ejecutivo, mientras que para el caso de aquellas controversias que no fueron resueltas por falta de acuerdo el acta posee el valor de ser requisito de procedibilidad que habilita a cualquiera de las partes a intentar resolver esa controversia en sede judicial al haberse acreditado el agotamiento de la instancia conciliatoria. Esto está prescrito de manera expresa en el artículo 17 de la Ley de Conciliación al establecer que **si la conciliación concluye con acuerdo parcial, solo puede solicitarse tutela jurisdiccional efectiva por las diferencias no resueltas.**

3. Falta de acuerdo entre las partes

Cuando las partes asisten a la audiencia, el conciliador debe promover el diálogo y eventualmente proponerles fórmulas conciliatorias no obligatorias. Si al final de dicha sesión o de las que resultare pertinente convocar, las partes manifiestan su deseo de no conciliar, la audiencia y el procedimiento de conciliación deben darse por concluidos. Si las partes concurren a la audiencia,

pero luego de un diálogo y de escuchar eventualmente fórmulas de conciliación, manifiestan su deseo de no conciliar, entonces debe darse por terminada la audiencia y el procedimiento expidiendo un acta por falta de acuerdo, que habilita a cualquiera de las partes a iniciar la respectiva acción en sede judicial, aunque nada impide que, agotada la vía conciliatoria, se pueda volver a iniciar un nuevo procedimiento conciliatorio sobre los mismos hechos no resueltos.

4. Inasistencia de una parte a dos sesiones

Cuando solo una de las partes acude a la primera sesión –sea esta solicitante o invitado–, deberá convocarse a una segunda sesión. Si la situación persiste en la segunda sesión, deberá darse por concluida la audiencia y el procedimiento de conciliación. En otras palabras, de computarse la inasistencia de cualquiera de las partes a dos sesiones, sean estas alternadas o consecutivas, el conciliador debe dar por concluida la audiencia y el procedimiento de conciliación.

5. Inasistencia de ambas partes a una sesión

Si ninguna de las partes (solicitante o invitada) acude a la primera sesión o a cualquier otra realizada de manera posterior, no debe convocarse a más sesiones, dándose por concluido el procedimiento de conciliación. En otras palabras, si se verifica la inasistencia de la totalidad de las partes, debe darse por concluida la audiencia y se expedirá un acta por esta causal concluyendo el procedimiento conciliatorio.

6. Decisión debidamente motivada del conciliador en audiencia efectiva, por advertir violación a los principios de la conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a firmar el acta de conciliación

En este caso, nos encontramos ante la posibilidad de concluir el procedimiento conciliatorio por causales totalmente distintas a las antes mencionadas. El problema es que exige que nos encontremos frente a la concurrencia de la totalidad de las partes conciliantes en lo que se conoce como **audiencia efectiva**. Pero limita los casos de conclusión del procedimiento conciliatorio al retiro de alguna de las partes antes de la conclusión de la audiencia, o por negarse a firmar el acta o por advertir violación a los principios de la conciliación (como ocurre, por ejemplo, cuando nos encontramos con una situación prevista como excepción al principio de confidencialidad).

VIII. ¿ES POSIBLE LA SUBSANACIÓN O LA CONVALIDACIÓN DE LA AUSENCIA DE LOS REQUISITOS ESENCIALES DE VALIDEZ DEL ACTA?

La respuesta a esta interrogante es afirmativa, sobre todo si tomamos en cuenta lo señalado por el artículo 16-A de la Ley, que establece un procedimiento de subsanación de las actas de conciliación –sean títulos ejecutivos o requisitos de procedibilidad– que no contengan los requisitos esenciales de validez del artículo 16.

Efectivamente, el primer párrafo del artículo 16-A de la Ley señala que en los casos que se haya omitido alguno o algunos de los requisitos establecidos en los incisos c), d), e), g), h), e i) del artículo 16 de la Ley, el centro de conciliación de oficio o a pedido de parte, deberá convocar a las partes para informarles el defecto de forma que contiene el acta y expedir una nueva que sustituya a la anterior con las formalidades de ley[232].

Claro está que la subsanación supondría la concurrencia de ambas partes –solicitante e invitado– que deciden subsanar la omisión del requisito esencial de validez en que se ha incurrido y que afecta la validez del acta; pero puede ocurrir que no siempre se podrá subsanar la omisión de las actas debido a la inconcurrencia de cualquiera de las partes a esta nueva sesión convocada. En estos casos la ley señala –de manera errónea–, que de no producirse la rectificación del acta por inasistencia de la parte invitada, el centro de conciliación expedirá nueva acta por falta de acuerdo, lo que supondría que las partes concurrieron pero no se pusieron de acuerdo en la subsanación (que es el requisito para la expedición de un acta por falta de acuerdo), situación que no se ajusta a la realidad, más aún si apreciamos el **Formato Q** aprobado por Resolución Ministerial Nº 235-2009-JUS, donde se señala que el nombre correcto del

(232) Ley Nº 26872. Ley de Conciliación:

"Artículo 16- A.- Rectificación del Acta.

En los casos que se haya omitido alguno o algunos de los requisitos establecidos en los literales c), d), e), g), h), e i) del artículo 16 de la Ley, el centro de conciliación de oficio o a pedido de parte, deberá convocar a las partes para informarles el defecto de forma que contiene el Acta y, expedir una nueva que sustituya a la anterior con las formalidades de Ley.

De no producirse la rectificación del Acta por inasistencia de la parte invitada, el centro de conciliación expedirá nueva Acta por falta de Acuerdo.

En caso de conclusión del procedimiento conciliatorio sin acuerdo, si dicha Acta hubiese sido presentada en proceso judicial, y no se haya cuestionado la nulidad formal en la primera oportunidad que tiene para hacerlo, se produce la convalidación tácita de la misma. De haberse producido cuestionamiento por la parte contraria o haber sido advertida por el juez al calificar la demanda dará lugar a la devolución del Acta, concediendo un plazo de quince (15) días para la subsanación.

El acto jurídico contenido en el Acta de Conciliación solo podrá ser declarado nulo en vía de acción por sentencia emitida en proceso judicial".

acta a expedirse es el de **Acta de Rectificación por Falta de Acuerdo ante Inasistencia de una de las partes**.

Respecto de la convalidación, esta solamente es posible en el caso de las actas sin acuerdo que sean presentadas como requisito de procedibilidad mas no en los casos de actas que contengan acuerdos y que poseen el mérito de ser títulos ejecutivos, los cuales al verificarse al interior del proceso de ejecución que presentan ausencia de requisitos esenciales de validez simplemente serían declaradas inejecutables.

Esta distinción la obtenemos del tercer párrafo del artículo 16-A al señalar que en caso de conclusión del procedimiento conciliatorio sin acuerdo, si dicha acta hubiese sido presentada en proceso judicial –se entiende solo como requisito de procedibilidad–, y no se haya cuestionado la nulidad formal en la primera oportunidad que tiene para hacerlo, se produce la **convalidación tácita** de la misma. Esto supone que, aunque el acta de conciliación presentada como requisito de procedibilidad adolezca de nulidad documental, si ni el juez competente al momento de calificar la demanda ni la parte demandada al momento de contestar la misma hubiesen advertido la ausencia de cualquiera de los requisitos esenciales de validez, la consecuencia será que **precluye** cualquier posibilidad de interponer cualquier pedido de nulidad de la misma cuestionando su validez.

En este orden de ideas, y siguiendo el **principio de convalidación**, en el Derecho Procesal Civil, toda nulidad se convalida por el consentimiento. Siendo el recurso la forma principal de impugnación, su no interposición en el tiempo y en la forma requeridos van a significar que opera la ejecutoriedad del acto. Recordemos que el Derecho Procesal está dominado por ciertas exigencias de firmeza y de efectividad en los actos, superiores a las de las otras ramas del orden jurídico. Por ello se llega a afirmar que frente a la necesidad de obtener actos procesales **válidos** y no nulos, se halla la necesidad de obtener actos procesales **firmes** sobre los cuales pueda consolidarse el derecho. En ese orden de ideas, si pudiendo cuestionarse el requisito de procedibilidad este no es observado ni por el juez ni por el demandado entonces la posible injusticia queda cubierta por el consentimiento tácito de ambos y la nulidad documental se convalida, puesto que vencido el plazo para su cuestionamiento opera la **preclusión** de la etapa procesal y el requisito nulo queda convalidado no existiendo manera de atacar su validez.

Siendo estos principios la base misma del sistema, el litigante es libre de impugnar el requisito de procedibilidad presentado en la demanda o de acatarlo. Pero la parte que tiene en su mano el medio de impugnación y no lo

hace valer en el tiempo y en la forma adecuada, presta su conformidad a los posibles vicios del procedimiento, y en ese caso su conformidad trae aparejada la aceptación. También puede reputarse que, con su conformidad, convalida los vicios y errores en los que incurrió el juez al momento de proceder a la calificación del acta como requisito de procedibilidad. En resumen, si el que puede y debe atacar no ataca, entonces aprueba *(consensus non minus ex facto quam ex verbis colligiur)*. Este precepto, en Derecho Procesal, es poco menos que absoluto.

Además, resulta pertinente señalar que según la Casación Nº 1195-2004/ Ica "(...) no debe confundirse la cosa juzgada con el principio de preclusión, por cuanto la primera está referida a la existencia de una sentencia definitiva o un auto que produzca esos efectos, en cambio la preclusión implica que transcurrido (sic) una etapa del proceso no se puede regresar a otra etapa, lo cual no impide que se pueda declarar de oficio la nulidad de los actos procesales cuando se advierte la existencia de nulidades insubsanables (...)". Pero ciertamente esta nulidad de oficio deberá ser realizada por el juez exclusivamente al momento de la calificación de la demanda, bajo sanción de operar la preclusión.

IX. CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA FALTA DE SUBSANACIÓN DE LOS REQUISITOS ESENCIALES DE VALIDEZ

Detengámonos un momento para analizar la característica de los requisitos esenciales de validez del acta de conciliación sin acuerdo. Si el acta de conciliación sin acuerdo se constituye en un requisito de procedibilidad para la interposición de una demanda, y la ausencia de requisitos esenciales de validez señalados en el artículo 16 de la Ley provoca la **nulidad documental** del acta de conciliación sin acuerdo impidiendo su empleo como requisito de procedibilidad, entonces la lógica procesal nos llevaría a afirmar que al no cumplirse con adjuntar un requisito de procedibilidad válido por ausencia de requisitos esenciales de validez la sanción, debiera de ser la **declaración de improcedencia** de la demanda y la devolución de anexos, conforme lo señala el artículo 427 del Código Procesal Civil, no permitiendo su subsanación, pero esta afirmación es errónea.

Ya se expresó anteriormente el significado y diferencia entre un requisito de admisibilidad y un requisito de procedibilidad, pero precisemos ahora la diferencia entre estos por sus efectos. En primer lugar, nótese que el incumplimiento de un requisito de admisibilidad de la demanda determina que el juez no admita a trámite la demanda concediéndole al demandante el

derecho de subsanar el defecto incurrido dentro de un plazo determinado[233]. Sin embargo, la situación es distinta en el caso de un requisito de procedencia. Esta vez, el incumplimiento determina que el juez rechace la demanda, que tendrá la calidad de definitiva, es decir, no cabe subsanación por el demandante[234].

Recordemos que la conciliación ha sido pensada no solo como un acto anterior al proceso sino también como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, implementada como **requisito de procedibilidad** de la demanda, la que debe ser declarada improcedente por falta de interés para obrar cuando la parte demandante no acredite al juez de la demanda haber solicitado, concurrido y permanecido en la audiencia respectiva ante un centro de conciliación extrajudicial con fines de conciliación; pero también debe acreditarse la presentación de un acta de conciliación que, en tanto requisito de procedibilidad, contenga todos los requisitos esenciales de validez, con lo que se ratifica la naturaleza de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos prejudicial y de cumplimiento obligatorio para posibilitar la interposición de la demanda.

Empero, la segunda parte del tercer párrafo del artículo 16-A de la Ley contiene un mandato procesal distinto que colisiona con toda lógica procesal,

(233) Código Procesal Civil.
"Artículo 426.- Inadmisibilidad de la demanda.-
El juez declarará inadmisible la demanda cuando:
1. No tenga los requisitos legales;
2. No se acompañen los anexos exigidos por ley;
3. El petitorio sea incompleto o impreciso; o
4. La vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de este, salvo que la ley permita su adaptación.
En estos casos el juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado, el juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente" (el resaltado es nuestro).

(234) Código Procesal Civil.
"Artículo 427.- Improcedencia de la demanda.-
El juez declarará improcedente la demanda cuando:
1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
2. El demandante carezca evidentemente de interés para obrar;
3. Advierta la caducidad del derecho;
4. Carezca de competencia;
5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;
6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o
7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.
Si el juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano, expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos.
Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes" (el resaltado es nuestro).

pero que en tanto disposición adjetiva específica, debe ser cumplida por el juez.

Efectivamente, esta disposición adjetiva señala que si el juez advirtiera la ausencia de requisitos esenciales de validez del acta presentada como requisito de procedibilidad o se hubiese producido cuestionamiento en este extremo por la parte demandada, entonces esto **dará lugar a la devolución del acta concediéndose** –al demandante– **un plazo de quince días para la subsanación**.

Es decir, a pesar de ser el acta de conciliación un requisito de procedibilidad que en caso de ausencia debe originar la declaración de improcedencia y la devolución de anexos, lo que ocurre a nivel procesal es una consecuencia distinta ya que se ordena no una subsanación del requisito omitido o defectuoso, sino la devolución del acta de conciliación para que sea subsanada; en otras palabras, se procede a devolver el acta afectada por la nulidad documental a efectos de que sea subsanada conforme a las reglas del artículo 16-A de la Ley, lo que supone un desglose de la misma a efectos de que sea reemplazada por el acta nueva que ha subsanado a la anterior.

Esta situación resulta atípica en el proceso ya que el juez no se rige por las reglas de la declaración de inadmisibilidad de la demanda contenidas en el artículo 426 del Código adjetivo (esto es, ordenar la subsanación del defecto u omisión dentro de un plazo), ni por las de improcedencia contenidas en el artículo 427 del mismo (declarar de plano la improcedencia y devolver los anexos sin posibilidad de subsanación); lo que supone encontrarnos frente a una nueva clase de mandato procesal en la que el juez devuelve el acta de conciliación al demandante y le concede un plazo de 15 días para su subsanación. Debe quedar claro que, como hemos visto, no siempre se va a producir la subsanación por la posible inconcurrencia de las partes a la sesión que convoque para estos efectos el centro de conciliación extrajudicial, lo que significaría el rechazo de la demanda y el archivo definitivo del expediente.

GRÁFICO
CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DOCUMENTAL

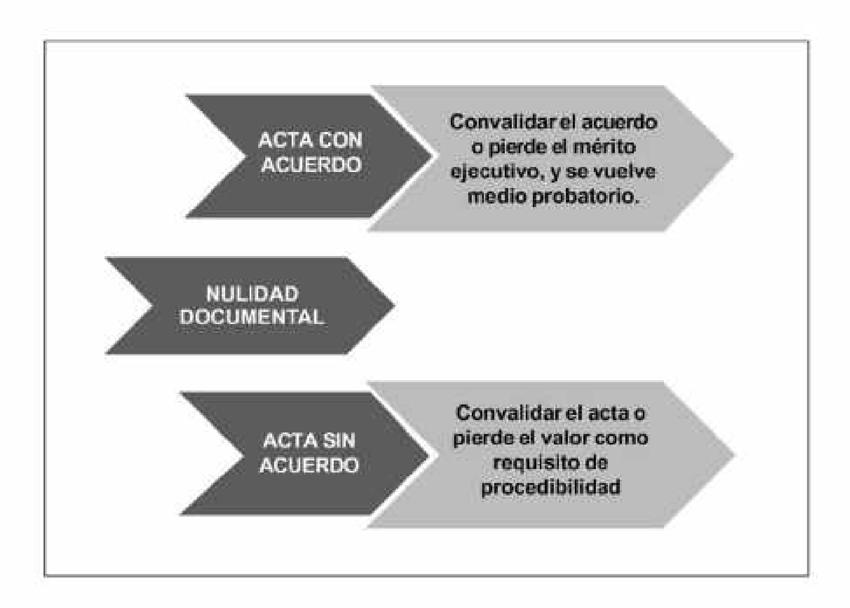


GRÁFICO
CONSECUENCIAS DE CONVOCATORIA
A AUDIENCIA DE RECTIFICACIÓN

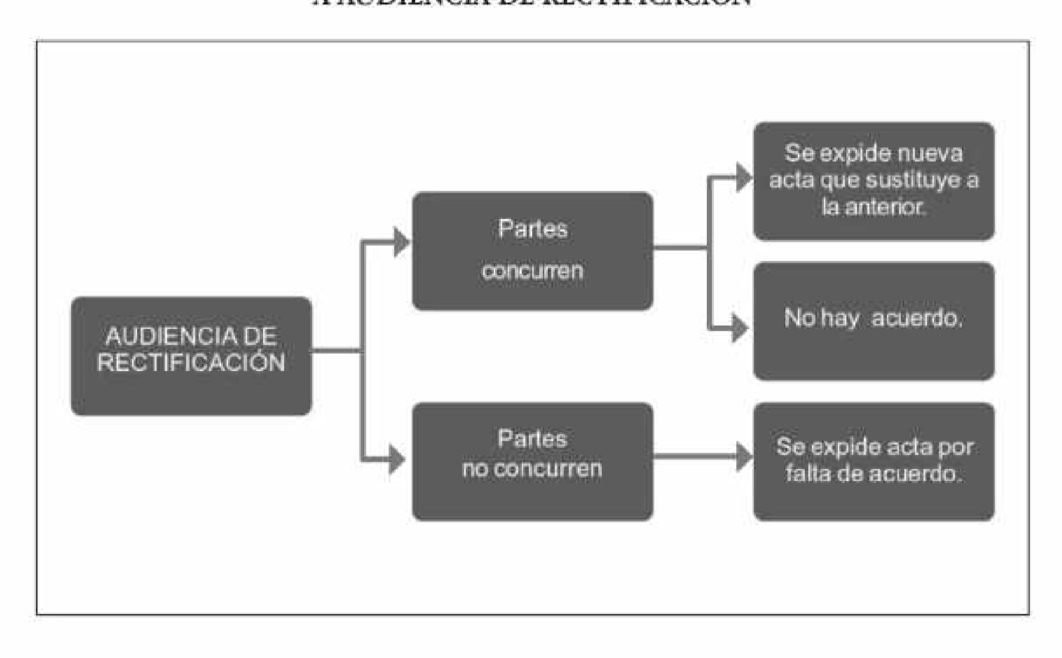
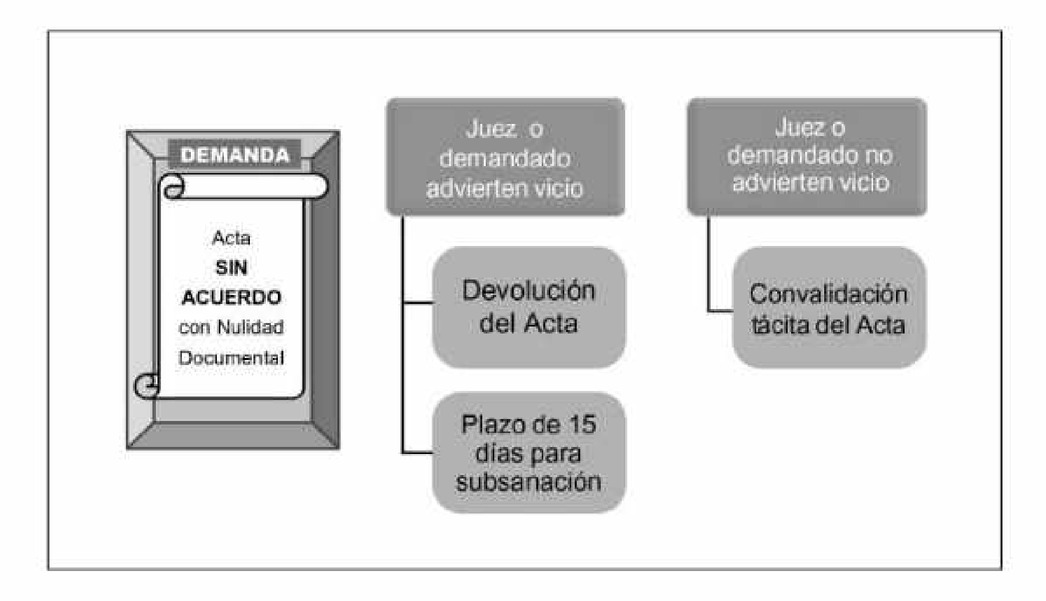


GRÁFICO
CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA PRESENTACIÓN EN JUICIO DE UN ACTA SIN ACUERDO CON NULIDAD DOCUMENTAL



X. ¿CUÁL ES EL JUEZ COMPETENTE PARA LA EJECUCIÓN DE LAS ACTAS DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL CON MÉRITO EJECUTIVO?

Cuando las partes en disputa resuelven su controversia a través de la suscripción de un acta de conciliación extrajudicial se hace innecesaria la intervención del órgano jurisdiccional en la decisión de dicha controversia, y se aspira al cumplimiento voluntario de estos acuerdos toda vez que poseen una mayor **vocación de cumplimiento**. Pero en caso de un eventual incumplimiento, la parte perjudicada por aquel se apoyará en el mérito ejecutivo del acta de conciliación y tendrá que recurrir a la jurisdicción vía el proceso de ejecución de resoluciones judiciales para que, a través del poder coercitivo del Estado –representado por el Poder Judicial–, se haga efectivo lo libremente acordado en el acta.

Menudo problema será el que deban afrontar las personas en lo relativo a tratar de dilucidar cuál es la vía procesal adecuada y el juez competente a efectos de solicitar la ejecución de dicha acta y, en caso de que las disposiciones emanadas dentro del proceso de ejecución sean materia de impugnación, cuál será el órgano superior que los deba resolver. Vamos por partes.

Como hemos señalado anteriormente, el artículo 18 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, modificado por el Decreto Legislativo N° 1070, considera que el acta de conciliación con acuerdo conciliatorio constituye **título de ejecución**. Obviamente, esta disposición legal es contraria a las modificaciones introducidas en nuestro ordenamiento procesal por el Decreto Legislativo N° 1069, que desde junio de 2008 ha derogado la distinción entre **títulos ejecutivos** y **títulos de ejecución**, encontrándonos ahora con la regulación contenida en el artículo 688 del Código Procesal Civil que únicamente considera la existencia de **títulos ejecutivos de naturaleza judicial y extrajudicial**, atendiendo al criterio procesal de la naturaleza jurisdiccional o no del ente que expide el instrumento. En este orden de ideas, las actas de conciliación extrajudicial con acuerdo total o parcial deben ser consideradas como **títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial**.

Por otro lado, el precitado artículo 18 de la Ley de Conciliación establece que los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en las actas de conciliación con acuerdo total o parcial se ejecutarán a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales. El artículo 22, *in fine*, del Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, señala que el acta de conciliación se ejecutará a través del proceso único de ejecución. Una lectura sistemática de la estructura del Proceso Único de Ejecución nos dará como respuesta que la vía procesal correcta para la ejecución de las actas de conciliación será el proceso de ejecución de resoluciones judiciales (aplicando los artículos 715, 716 y 717 del Código Procesal Civil), pero cumpliendo las disposiciones generales del proceso único de ejecución (señaladas en los artículos 688 al 692-A del Código adjetivo).

Dentro de estas disposiciones generales, la competencia para la ejecución de las actas de conciliación extrajudicial se regula en el artículo 690-B del Código Procesal Civil que establece un criterio procesal para determinar esta competencia atendiendo a la cuantía de la pretensión, señalando expresamente que resulta competente para conocer los procesos con título ejecutivo de naturaleza extrajudicial el jueces de paz letrado (cuando la cuantía de la pretensión no sea mayor de 100 Unidades de Referencia Procesal) y el juez civil (**cuando la cuantía de la pretensión supere las 100 Unidades de Referencia Procesal**). Entonces, resulta evidente que las disposiciones procesales vigentes contenidas en el Código Procesal Civil para la ejecución de las actas de conciliación extrajudicial con acuerdo total o parcial, en tanto son títulos ejecutivos extrajudiciales, se regulan únicamente en función de la cuantía de la pretensión. Este mismo artículo establece que es competente para conocer los procesos con título ejecutivo de naturaleza judicial el juez de la demanda, y para el caso de los procesos de ejecución con garantía constituida, el juez civil.

Pero, tal como lo menciona Jaime Abanto[235], en la práctica se han suscitado conflictos de competencia entre jueces especializados en lo civil y jueces especializados en lo civil con subespecialidad comercial al momento de determinar cuál de ellos resultaba competente al momento de ejecutar las actas de conciliación extrajudicial, pues antes de la modificación del Código Procesal Civil y de la Ley de Conciliación (a través de los Decretos Legislativos N°s 1069 y 1070 respectivamente) estos últimos interpretaron que solo eran competentes para la ejecución de actas de conciliación **en materia comercial**, siendo las demás de competencia de los jueces civiles. Así, con la dación de la Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS, publicada en el diario oficial el 2 de octubre de 2004, se establece la competencia de los juzgados civiles con subespecialidad comercial en las pretensiones referidas a la Ley de Títulos Valores y en general acciones cambiarias y los **procesos ejecutivos** y de ejecución de garantías, y no se consideraba como competencia de los Juzgados Comerciales a los procesos de ejecución de resoluciones judiciales que, en ese momento, se consideraban como títulos de ejecución. Concluye que, si al amparo del vigente marco normativo las actas de conciliación ahora son **títulos ejecutivos**, a tenor de la resolución administrativa glosada, en la Corte Superior de Justicia de Lima los jueces competentes para conocer su ejecución son los jueces civiles con subespecialidad comercial y los jueces de paz letrado, siendo que en los demás distritos judiciales son competentes para conocer la ejecución de las actas de conciliación los jueces civiles y los de paz letrado.

La Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS ha atribuido y delimitado la competencia de los órganos jurisdiccionales de la Subespecialidad Comercial, no solo en atención a **criterios procesales** sino también considerando la **naturaleza de las relaciones jurídico materiales** que fundamentan las pretensiones y la **naturaleza de la pretensión** (o más bien la naturaleza de las relaciones jurídicas que sirven de sustento a las pretensiones); así, de acuerdo al criterio mencionado, establece que corresponde conocer esta subespecialidad, las pretensiones derivadas de la contratación mercantil y de las operaciones de comercio exterior o las referidas al transporte terrestre, marítimo, fluvial, lacustre y aeronáutico, de bienes en general.

En este sentido la ejecución de las actas de conciliación en materia laboral –privadas y administrativas– vienen siendo conocidas correctamente por los Juzgados Especializados de Trabajo y las actas de conciliación relativas a familia –expedidas a nivel del Ministerio Público en conciliaciones familiares–, por

(235) ABANTO TORRES, Jaime David. *La conciliación extrajudicial y la conciliación judicial: Un puente de oro entre los MARC´S y la justicia ordinaria*. Grijley, Lima, 2010, pp. 207-209.

los Juzgados de Familia, siendo estos los límites que se deben tener presentes para delimitar la competencia de los órganos jurisdiccionales de la subespecialidad comercial, en la ejecución de actas de conciliación. Por ello se considera que la ejecución de actas de conciliación en materia laboral y de familia no puede ser conocida por los órganos jurisdiccionales de la subespecialidad comercial.

Nos parece que estos razonamientos se apartan del espíritu de la normativa procesal, unificada en materia de ejecución de los títulos ejecutivos en virtud de lo señalado en el artículo 690-B del Código Procesal Civil, ya que se hacen distinciones inexistentes e innecesarias en atención exclusiva a la denominación del instrumento y la relación jurídica que contiene, lo cual termina siendo un contrasentido, más aún si consideramos que la resolución administrativa que sirve de sustento ha sido expedida durante la vigencia de un marco normativo que se encuentra modificado sustancialmente.

Afirmamos esto puesto que parte del argumento para considerar a los juzgados civiles con subespecialidad comercial como competentes para conocer de la ejecución de las actas de conciliación reposa en el hecho de que, en un primer momento antes de la modificatoria del Código Procesal Civil incorporada por el Decreto Legislativo Nº 1069, estos –los juzgados comerciales– resultaban competentes para conocer la ejecución de **títulos ejecutivos** y los juzgados civiles de los **títulos de ejecución**, pero al modificarse el marco normativo y no existir **títulos de ejecución**, las actas de conciliación –transformadas ahora en títulos ejecutivos– deben ser de conocimiento de los juzgados comerciales, al disponerlo una resolución administrativa.

Pero, este argumento se desvanece cuando admiten que la ejecución de determinadas actas de conciliación no puede ser de conocimiento de los juzgados comerciales, a pesar de ser **títulos ejecutivos**, porque predomina la materia de la relación jurídica contenida en el instrumento, como ocurre en los casos de las actas de conciliación en temas laborales y de familia, aunque es de precisar que en su fundamentación no se refiere a las actas de conciliación expedidas por un centro de conciliación extrajudicial al amparo de lo señalado por la Ley Nº 26872, sino a actas laborales privadas o administrativas y a actas expedidas ante el Ministerio Público emanadas de un proceso de conciliación fiscal en temas de familia. Y se afecta más este criterio cuando se afirma, *a contrario sensu*, que pueden existir instrumentos que no contienen una relación jurídica de naturaleza comercial, pero que sí pueden ser de conocimiento de la subespecialidad comercial.

Consideramos que a nivel jurisdiccional deben establecerse criterios uniformes a fin de hacer prevalecer la aplicación del criterio **unificador** que

resultó en la modificación del Código Procesal Civil en lo que respecta al Proceso Único de Ejecución y contenido en el Decreto Legislativo N° 1069, esto es, la determinación de la competencia para la ejecución de los títulos ejecutivos en mérito a la naturaleza judicial o extrajudicial del instrumento y a la cuantía de la pretensión, a efectos de determinar si resultan competentes para la ejecución de las actas de conciliación los jueces de paz letrados o los jueces civiles, evitando hacer distinciones que generan un alto grado de confusión en el usuario del sistema de administración de justicia, que se apoya en un proceso de ejecución que en teoría debería ser rápido pero que debido a estas imprecisiones legales lo somete innecesariamente a un *vía crucis* procesal –el mismo al que evitó llegar cuando suscribió un acuerdo con su contraparte– y que le resta eficacia al verdadero mérito ejecutivo que debe poseer un acta de conciliación.

XI. EFICACIA DE LAS ACTAS QUE CONTIENEN ACUERDOS CONCILIATORIOS PACTADOS DE MANERA CONDICIONADA

Uno de los aspectos más importantes de la real eficacia de la institución de la conciliación extrajudicial radica en el valor del acta de conciliación que contiene un acuerdo conciliatorio.

Así, cuando existe un acuerdo conciliatorio extrajudicial plasmado en un acta de conciliación, se debe presumir que estos acuerdos tienen una **mayor vocación de cumplimiento** por parte de los sujetos que participaron en el procedimiento conciliatorio y suscribieron el acta; pero, en caso de un eventual incumplimiento de la misma, la eficacia de la conciliación se da en la garantía de cumplimiento de dichos acuerdos y que radica en el **mérito ejecutivo** que la ley le otorga al acta y la consecuente posibilidad de solicitar su ejecución forzada a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales. Es decir, el marco normativo ha previsto que la eficacia de la conciliación extrajudicial debe reposar necesariamente en el adecuado desarrollo de un proceso de ejecución en sede jurisdiccional que garantice la **inevitabilidad del cumplimiento del acuerdo conciliatorio** adoptado por las partes, cuando alguna de ellas quiera sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones.

Pero esta premisa no necesariamente se cumple en la realidad, pues existen una serie de problemas que van a afectar esta eficacia. Así, una deficiente calificación del acta de conciliación traerá como consecuencia que los acuerdos conciliatorios adoptados no puedan ser ejecutados en sede judicial ante situaciones de incumplimiento, a pesar de que el acta sea formalmente válida.

El artículo 16 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, establece cuáles son los requisitos que debe contener toda acta de conciliación. Al hablar

del **acuerdo conciliatorio** la norma precisa únicamente que este debe contener los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles acordadas por las partes, sin efectuar limitación de algún tipo. Si consideramos que el acuerdo conciliatorio expresa la manifestación de voluntad de las partes intervinientes en una conciliación, podríamos inferir que el acuerdo conciliatorio es un acto jurídico, y por lo mismo, podría realizarse mediante condición, plazo o modalidad de algún tipo, sin vulnerar el marco normativo imperativo. En este sentido, resulta de cumplimiento obligatorio lo señalado en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que prescribe que **es nulo el acto jurídico contrario a las Leyes que interesan al orden público** o **a las buenas costumbres**, o como señala Marcial Rubio, la nulidad previa afecta a los actos jurídicos contrarios, bien a las normas jurídicas vigentes que se refieren al orden público, bien a las buenas costumbres, que son **estándares jurídicos**, es decir, normas de contenido variable, que dejan su materia a criterio discrecional del magistrado judicial, encargado en última instancia de resolver estos problemas[236].

Así se explicaría la posibilidad de que en un acta de conciliación las partes puedan pactar una serie de obligaciones recíprocas entre ellas. En efecto, podría darse el caso de encontrarnos frente a una serie de obligaciones asumidas de manera condicional por las partes (como, por ejemplo, por una parte, el otorgamiento de la escritura pública que contenga el nuevo acto jurídico de compraventa de inmueble y, por la otra parte, la cancelación del saldo deudor en fecha determinada).

Debemos asumir que ante un eventual incumplimiento la parte que solicite la ejecución del acta de conciliación está en condiciones de exigir la ejecución forzosa del acuerdo asumido por su contraparte (**otorgamiento de escritura pública de compraventa**), por lo que el juez solamente debe limitarse a analizar los requisitos formales de dicha acta y expedir el **mandato ejecutivo** disponiendo el cumplimiento de la obligación contenida en el título, pues de acuerdo al artículo 690 del Código Procesal Civil el ejecutante ya se encontraba legitimado para promover la ejecución del acta desde el momento que se verificase que en dicho título ejecutivo tenía reconocido un derecho a su favor. Correspondería al ejecutado formular la respectiva **contradicción** y aportar los **medios probatorios pertinentes** orientados a demostrar la **inexigibilidad de la obligación** por el incumplimiento de la prestación a cargo del ejecutante (conforme al art. 690-D del Código Procesal Civil) y luego

(236) RUBIO CORREA, Marcial. *El Título Preliminar del Código Civil*. 10ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, p. 91.

de formulada la contradicción, el juez debía correr traslado de la misma al ejecutante para que este absuelva y pueda proponer a su vez los medios probatorios pertinentes, siendo que el juez está facultado inclusive para convocar a audiencia única para la actuación de dichos medios probatorios (conforme al art. 690-E del Código Procesal Civil).

Reiteramos que nada impide que un acuerdo conciliatorio pueda ser celebrado de manera condicionada; además, en el caso propuesto, las partes se encuentran facultadas para presentar medios probatorios que reforzaran en el juzgador la posibilidad de ejecución de las obligaciones contenidas en el acta de conciliación o la inexigibilidad de las mismas. Así, si el ejecutante demuestra que sí había cumplido con efectuar el pago asumido, se encontraba legitimado para solicitar el otorgamiento de la respectiva escritura pública; *a contrario sensu*, si el ejecutado demostraba que no había recibido el pago de la cancelación del saldo deudor por parte del ejecutante entonces podía esperar que su contradicción sea aparada. De acuerdo al marco normativo, la forma de celebración de un acuerdo conciliatorio puede estar sujeta a modalidad y existe el mecanismo procesal para dilucidar la procedencia o no de la ejecución mediante actividad probatoria.

Tal vez el nuevo reto a asumir será unificar criterios entre operadores conciliatorios y operadores jurisdiccionales que permitan una adecuada calificación de las actas de conciliación, y así lograr la eficacia de la conciliación basada en la ejecución de las mismas mediante un proceso de ejecución guiado con excelencia.

XII. LA "NULIDAD DOCUMENTAL" AFECTA SOLAMENTE AL ACTA DE CONCILIACIÓN PERO NO AL ACTO JURÍDICO CONTENIDO EN ELLA

Qué duda cabe que los acuerdos conciliatorios son actos jurídicos, en tanto son manifestación libre y coincidente de la voluntad de las partes destinadas a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas –conforme a lo regulado en el artículo 140 del Código Civil– y, por lo tanto, esa manifestación de voluntad orientada a la búsqueda de soluciones a una controversia debe cumplir con los requisitos de validez señalados en la norma sustantiva **(agente capaz, fin lícito, objeto física y jurídicamente posible y observancia de la forma prescrita por ley bajo sanción de nulidad)**.

En lo que respecta a la observancia de la forma prescrita por ley bajo sanción de nulidad, debemos recordar que este requisito resulta aplicable únicamente a los actos jurídicos que revisten la forma *ad solemnitatem*, actos en

los que al fusionarse los conceptos de **acto** y **forma**, más importante que la voluntad de los sujetos es el cumplimiento de la forma preestablecida por la ley, y en caso de inobservancia la sanción legal será la declaración de nulidad del acto jurídico. Contraria a esta forma, tenemos los actos jurídicos de forma *ad probationem*, en los que la forma que revista el acto jurídico será únicamente para probar la existencia del mismo, aplicándose el criterio de libertad de formas. Entonces, y de acuerdo a lo regulado en el Código Civil, la invalidez absoluta de un acto jurídico genera su **nulidad**, lo que supone la ineficacia total y original del acto jurídico, no produciendo los efectos deseados por las partes y generando la imposibilidad de que sea saneado. Distinta es la invalidez relativa que provoca la **anulabilidad**, por la cual se da la posibilidad de que un acto jurídico afectado de un vicio superable pueda ser confirmado posteriormente por las partes intervinientes.

Pero si analizamos lo señalado por la legislación sobre conciliación extrajudicial (vigente desde el mes de junio del año 2008 en mérito a las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo Nº 1070), podemos apreciar que se ha incorporado un concepto muy interesante que es el de la "nulidad documental", que se encuentra mencionado en el artículo 16 de la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación, y por el cual ante la ausencia de lo que podemos denominar **requisitos esenciales de validez** (señalados en los literales c), d), e), g), h) e i) del artículo 16 de la Ley Nº 26872), dicha acta no podrá ser considerada ni como **título ejecutivo** ni como **requisito de procedibilidad**. Ello genera la obligación al centro de conciliación de convocar a las partes para informarles del defecto de forma que contiene el acta y expedir una nueva que **sustituya** a la anterior con las formalidades de ley. En este caso, podríamos afirmar que al existir la posibilidad de convalidación del acta de conciliación nos encontraríamos frente a un acto jurídico que no es nulo sino anulable y por ende susceptible de ratificarse, con lo cual vemos que la forma que reviste el acto jurídico sería meramente probatoria de su existencia.

Pero la importancia de la forma probatoria en la **nulidad documental** va más allá, pues esta nulidad solamente afecta al documento que contiene al acto jurídico mas no al acto jurídico mismo, que sigue manteniendo su validez. En efecto, de acuerdo a lo señalado en el artículo 16-A *in fine* de la Ley Nº 26872[237], el acto jurídico contenido en el acta de conciliación solo

(237) Ley Nº 26872, Ley de Conciliación:
"Artículo 16-A.- Rectificación del Acta
(...)
El acto jurídico contenido en el Acta de Conciliación solo podrá ser declarado nulo en vía de acción por sentencia emitida en proceso judicial" (el resaltado es nuestro).

podrá ser declarado nulo en vía de acción por sentencia emitida en proceso judicial; asimismo, –y de acuerdo a los dos primeros párrafos del artículo 22 del Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS–, el acuerdo conciliatorio subsiste aunque el documento que lo contiene se declare nulo, perdiendo el mérito ejecutivo y pudiendo ofrecerse como medio de prueba en un proceso judicial.

En otras palabras, las actas de conciliación con acuerdo tienen el mérito de ser **títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial**, y en caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en ellas, la parte perjudicada va a accionar solicitando el cumplimiento de dichas obligaciones a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

Ahora bien, el artículo 16 de la Ley N° 26872 enumera los requisitos que debe contener toda acta de conciliación, siendo que en el caso de que el acta de conciliación con acuerdo adolezca de la ausencia de los **requisitos esenciales de validez** antes señalados se produce la **nulidad documental del acta**. Aquí tenemos dos posibilidades:

a) Las partes pueden convalidar el acto jurídico mediante la suscripción de una nueva acta que reemplace a la anterior, y que cuenta con todos los requisitos legales que le devuelven el mérito ejecutivo, de acuerdo al procedimiento de rectificación del acta señalado en el artículo 16-A de la Ley de Conciliación, o

b) de no prosperar la opción anterior, el acta pierde el mérito ejecutivo –con la consecuente imposibilidad de ejecutarse en un proceso de ejecución– pero al seguir siendo válido el acto jurídico denominado acuerdo conciliatorio, se puede solicitar su cumplimiento ante un juez, ofreciendo esa acta como medio probatorio de la existencia del acto siguiendo las reglas de un proceso de naturaleza cognitiva (con el tránsito forzoso de sus etapas postulatoria, probatoria, decisoria e impugnatoria), como quien desea hacer valer la obligación de una parte contenida en un contrato.

Como vemos, el concepto de **nulidad documental del acta** consagraría lo que podríamos denominar **principio de conservación del acto jurídico contenido en el acta** por el cual la declaración de nulidad del acta de conciliación por ausencia de requisitos esenciales de validez no afecta al acto jurídico y, por el contrario, lo conserva aunque restándole el mérito ejecutivo al acta que lo contiene e impidiendo acudir a la vía ejecutiva en caso de no poder convalidarse, pero manteniendo el valor del acto jurídico para poder hacerlo valer en vía contenciosa. Resulta evidente que la nulidad documental

solamente podría invocarse únicamente al interior de un proceso de ejecución por la parte ejecutada que alegue que el acta adolece de ausencia de requisitos esenciales de validez que imposibiliten la ejecución de la misma al dejar de tener mérito ejecutivo.

Situación distinta es cuando tenemos un acta de conciliación con acuerdo que cumple con todos los requisitos de validez contenida en el artículo 16 de la Ley de Conciliación. En este caso, la única vía procesal correcta para cuestionar la validez de los acuerdos será el proceso de **nulidad de acto jurídico** invocando las causales específicas señaladas en el Código Civil y que persigue la declaración de nulidad *ab initio*; y en tanto no exista sentencia judicial que declare la nulidad del acto jurídico las obligaciones contenidas en esta acta serán perfectamente ejecutables mediante el proceso de ejecución de resoluciones judiciales, lo que genera la **inevitabilidad** del cumplimiento de los acuerdos.

XIII. CONCLUSIONES

Las actas de conciliación extrajudicial poseen una regulación muy específica que debe conocerse para el empleo de las mismas tanto como requisito de procedibilidad o como títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial. Así, la ausencia de presentación del acta como requisito de procedibilidad genera la declaración de improcedencia de la demanda interpuesta, cosa que no ocurre en el caso de la presentación deficiente de dicho requisito, lo cual quiebra la lógica procesal a la que estamos acostumbrados, pues existe un mandato procesal específico en el que se obliga al juez a ordenar la subsanación de la presentación del requisito de procedibilidad. Y si ni el juez ni la parte demandada hubieren advertido esta situación de nulidad formal entonces se produce la convalidación tácita del acta que habilita a continuar con un proceso judicial a pesar de encontrarnos frente a un instrumento nulo.

Panorama similar ocurre en el caso de las actas de conciliación con acuerdo, que en principio deben cumplir con todos los requisitos establecidos en el artículo 16 de la Ley –más aún los requisitos esenciales de validez– para que el acta mantenga su valor de ser título ejecutivo de naturaleza extrajudicial y su correspondiente mérito ejecutivo que habilite a accionar a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales para garantizar el cumplimiento de los acuerdos. La ausencia de estos requisitos esenciales provoca la nulidad documental del acta, pero se parte de la premisa que el acuerdo conciliatorio –entendido como acto jurídico– subsiste aunque el documento que lo contiene –el acta– sea declarado nulo, es decir, el acta con acuerdo pierde el mérito ejecutivo y se transforma en un documento privado que puede ser presentado en un proceso que ya no será ejecutivo sino de naturaleza cognitiva.

Pero fuera de estos casos, se presentan casos en los que las actas de conciliación con acuerdo no pueden ejecutarse, a pesar de encontrarnos frente a instrumentos plenos que cumplen con las formalidades establecidas por ley, debido a que se hace necesaria la unificación de criterios a nivel jurisdiccional que garanticen al justiciable un proceso de ejecución rápido y eficiente. El acuerdo conciliatorio evita el inicio del juicio respecto del tema de fondo y presenta mayor vocación de cumplimiento en tanto es resultado de la voluntad de las partes, pero la eficacia de las actas de conciliación radica en ofrecer la garantía de un adecuado proceso de ejecución que permita el cumplimiento forzoso de las obligaciones en caso de un eventual incumplimiento, con lo que tenemos que la base de nuestro sistema de resolución de conflictos sigue siendo el Poder Judicial y la autoridad de nuestros jueces que garanticen una efectiva y verdadera resolución de las controversias y el restablecimiento de la paz social.

En su obra *Pensamientos* afirmaba Blaise Pascal: "Justicia, fuerza. Es justo que lo justo sea obedecido, es necesario que lo más fuerte sea obedecido. La justicia sin la fuerza es impotente; la fuerza sin la justicia es tiránica; la justicia sin fuerza encuentra oposición, porque siempre hay malvados; la fuerza sin la justicia es indeseada. Hay, pues, que unir la justicia y la fuerza, y conseguir que lo justo sea fuerte y que lo fuerte sea justo".

Deberá ser objeto de preocupación la generación de un proceso de ejecución que garantice el inexorable cumplimiento de los acuerdos a través de un proceso rápido, expeditivo y sobre todo sin complicaciones, en adecuada sintonía con la voluntad de las partes. He allí la eficacia que se debe lograr a nivel cualitativo, donde se afirme que los acuerdos no solamente resuelven la controversia sino que además siempre se cumplirán, sea de manera voluntaria porque las partes desean cumplir su palabra, sea de manera forzosa porque el perjudicado por el incumplimiento se apoya en la fuerza del órgano jurisdiccional para hacer valer sus derechos.

CAPÍTULO XI

LOS CENTROS DE CONCILIACIÓN



CAPÍTULO XI

LOS CENTROS DE CONCILIACIÓN

"No hay necesidad de salir de la habitación. Basta con sentarse a la mesa y escuchar. Ni siquiera es necesario escuchar, solo esperar. Ni siquiera hay que esperar, solo aprender a estar en silencio. El mundo se te ofrecerá libremente para ser descubierto".

Franz Kafka

I. OBJETO

Los centros de conciliación son personas jurídicas públicas o privadas sin fines de lucro que tienen por objeto ejercer función conciliadora de conformidad con la ley, conforme lo estipula el artículo 24 de la Ley. Entonces, la función básica de todo centro de conciliación es la de dispensar servicios de conciliación a través del trabajo conjunto de todos sus miembros.

A diferencia de lo que ocurre en Argentina donde la función del mediador se efectúa de manera libre e individual, en el Perú se ha optado por aglutinar a los conciliadores en torno a los centros de conciliación, tanto así que por disposición legal expresa contenida en el artículo 20 de la Ley, los conciliadores solo podrán ejercer función conciliadora al interior de un centro de conciliación. La razón fundamental radica en el hecho de que es más fácil supervisar a los centros de conciliación que a los conciliadores de manera individual, a la vez que se proporciona a los conciliadores un respaldo en lo que respecta a los ambientes donde se desarrollará la audiencia y se archivarán los expedientes y las actas; asimismo, se provee a aquellos conciliadores que no son abogados de la asistencia del abogado del centro de conciliación a efectos de que los ayude en la labor de verificación de la legalidad de los acuerdos conciliatorios, todo esto en beneficio de una mayor seguridad del procedimiento y la generación de acuerdos legales en favor de los usuarios del sistema conciliatorio.

II. CONSTITUCIÓN DE UN CENTRO DE CONCILIACIÓN

Solamente pueden constituir un centro de conciliación las personas jurídicas de Derecho Público o Privado sin fines de lucro, que tengan entre

sus finalidades el ejercicio de la función conciliadora, conforme lo señala el segundo párrafo del artículo 24 de la Ley en concordancia con el artículo 46 del Reglamento que señala que pueden constituir centros de conciliación las personas jurídicas sin fines de lucro que tengan entre sus fines el ejercicio de la función conciliadora, requisito que debe cumplirse de manera expresa bajo sanción de no autorizarse el funcionamiento del centro.

En este orden de ideas, las personas naturales no podrían constituir un centro de conciliación extrajudicial sino que, de manera previa, deberían constituir una persona jurídica que finalmente solicita al Ministerio de Justicia que se autorice el funcionamiento de un centro de conciliación del cual esta persona jurídica es promotora.

Si tomamos en cuenta las clases de personas jurídicas reguladas por nuestro Código Civil, entonces debemos entender que el tipo que más se adecua a la exigencia legal para poder constituir un centro de conciliación será la de la asociación, en la medida en que no persigue un fin lucrativo, pero sin las cuestiones adicionales de la afectación de bienes para la realización de determinados objetivos o la recaudación pública de aportes que se constituyen en características de la fundación y del comité respectivamente[(238)]. Esta asociación deberá encontrarse constituida de manera previa al inicio de los trámites de autorización del centro de conciliación, entendiéndose que debe estar inscrita en el Registro de Personas jurídicas de la Oficina Registral, y preferentemente de su localidad[(239)].

1. Solicitud

Para obtener la autorización de funcionamiento, deberá presentarse una solicitud dirigida al Ministerio de Justicia (específicamente a la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos - DCMA), que tiene a su cargo tanto la autorización de funcionamiento, registro y supervisión de los centros, señalando la sede del centro, conforme a lo señalado por el artículo 27 de la Ley y el artículo 47 del Reglamento.

(238) Código Civil:
"Artículo 80.- La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo" (...).
"Artículo 99.- La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otro de interés social" (...).
"Artículo 111.- El comité es la organización de personas naturales o jurídicas, o de ambas, dedicada a la recaudación pública de aportes destinados a una finalidad altruista (...)".

(239) Código Civil:
"Artículo 77.- La existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley (...)".

2. Requisitos comunes de la solicitud

Conforme a lo señalado por el artículo 27 de la Ley, las instituciones que soliciten la aprobación de centros deben adjuntar a su solicitud debidamente suscrita por su representante legal, lo siguiente:

1. **Documentos que acrediten la existencia de la Institución.-** referidos básicamente a la prueba de la existencia de la persona jurídica mediante la presentación de los documentos que acrediten la inscripción de la asociación en el registro de personas jurídicas de la oficina registral donde tiene su sede la institución.

2. **Documentos que acrediten la representación.-** a fin de verificar que la persona jurídica está accionando su petición mediante la actuación de su representante legal, el cual debe poseer facultades para ello.

3. **Reglamento del centro.-** que regulará la dinámica interna del centro, y que es elaborado teniendo como base un modelo de Reglamento Tipo de centros de conciliación que ha sido elaborado por el propio Ministerio de Justicia, y que debe contener, además, los procedimientos para la selección, capacitación permanente y designación de los conciliadores; el procedimiento que deben seguir las personas que deseen utilizar los servicios del centro de conciliación, anexando la tabla de honorarios del centro y de sus conciliadores para los casos en que el servicio se presta a título oneroso; las normas de conducta para los conciliadores, los usuarios y el personal administrativo, y los procedimientos para solicitar copias certificadas de las actas de conciliación, conforme lo requerido por los artículos 48, 50, 51 y 52 del Reglamento.

4. **Relación de conciliadores.-** quienes deberán encontrarse debidamente acreditados por el Ministerio de Justicia, requisito indispensable para que puedan ejercer función conciliadora.

En todos los casos, y conforme a lo señalado por el artículo 47 del Reglamento, se deberá acompañar a la solicitud, además, adicionalmente:

1. Copia autenticada por el fedatario del Minjus o legalizada por notario público de la constancia de inscripción en Registros Públicos o documento en el que conste la creación de la persona jurídica.

2. Copia autenticada por el fedatario del Minjus o legalizada por notario público del estatuto o del documento de similar naturaleza que contenga los fines u objetivos de la persona jurídica, debiendo estar señalado entre otros, el ejercicio de la función conciliadora.

3. Copia autenticada por el fedatario del Minjus o legalizada por notario público del acta de asamblea de asociados o del documento de similar naturaleza, en el que consten los siguientes acuerdos:

   a) Constitución del centro de conciliación, en la que deberá adoptarse la denominación, y de ser el caso la abreviatura;

   b) Funciones del centro de conciliación, la designación de cargos directivos, forma de elección y periodo de ejercicio en el cargo;

   c) Nombre del representante legal o el más alto cargo directivo de la persona jurídica;

   d) Aprobación del reglamento del centro de conciliación, de acuerdo al formato tipo aprobado por el Minjus.

4. Horario de atención debidamente suscrito por el representante legal de la persona jurídica.

5. La relación de dos (2) conciliadores extrajudiciales y de un (1) abogado verificador de la legalidad de los acuerdos, como mínimo.

6. Copia simple del título profesional y del carné de colegiatura del abogado verificador de la legalidad de los acuerdos.

7. Certificado de habilitación del abogado expedido por el Colegio de Abogados al cual se encuentre inscrito.

8. Registro de firmas y sellos que utilizarán en el ejercicio de sus funciones, los integrantes del centro de conciliación, así como del sello de expedición de copias certificadas de actas de conciliación.

9. Copias simples de los documentos de identidad de los integrantes del centro de conciliación.

10. Croquis de ubicación y de distribución de las instalaciones del centro de conciliación, debiendo tener como mínimo la siguiente distribución:

    - Un (1) ambiente para la sala de espera y recepción.

    - Una (1) oficina administrativa.

    - Un (1) servicio higiénico.

    - Una (1) sala de audiencias cuyas dimensiones serán de tres (3) metros de ancho y tres (3) metros de largo, aproximadamente.

11. Declaración jurada de carecer de antecedentes penales suscrita por los integrantes del centro de conciliación.

12. Comprobante de pago por el derecho de trámite.

Se precisa además de que el que participe en la constitución de un centro de conciliación o realice una modificación de la denominación registrada que importe un cambio de denominación, podrá solicitar a la DCMA, la búsqueda y posterior reserva de denominación por un plazo de treinta (30) días hábiles.

Por otro lado, el Ministerio de Justicia no autorizará el funcionamiento de centros de conciliación que manifiesten en su denominación similitud o igualdad con otro nombre, denominación, completa o abreviada, respecto de uno autorizado y/o ingresado con anterioridad o que hubiera iniciado primero el procedimiento de autorización de funcionamiento. Se entenderá, además, por denominación similar aquella que contenga más de una palabra igual o que guarde similitud gráfica o fonética con denominaciones autorizadas y/o ingresadas con anterioridad o que hubieran iniciado primero el procedimiento de autorización de funcionamiento.

Tampoco se autorizarán denominaciones o logos que reproduzcan o imiten denominaciones de cualquier Estado o cualquier organización nacional o internacional, que sean reconocidos oficialmente, sin permiso de la autoridad competente del Estado o de la organización nacional o internacional de que se trate. Además, la denominación a adoptarse no deberá inducir a confusión respecto de los servicios que brinde, o que en su empleo puedan inducir a error respecto del origen, cualidades o características de los servicios que ofrecen.

3. Trámite de la solicitud

Conforme a lo señalado por el artículo 53 del Reglamento, una vez recibida la solicitud el Ministerio de Justicia verificará en el plazo de siete días útiles, la documentación entregada a fin de revisar si cumple con los requisitos exigidos por los artículos 47 y 49 del Reglamento. Si la documentación no es suficiente, se oficiará al solicitante para que complete la información o presente los documentos que le sean indicados. Si dentro de los treinta días útiles el notificado no completa la documentación, opera automáticamente el abandono de la solicitud presentada.

Si la documentación presentada es suficiente, el Ministerio ordenará dentro de los cinco días útiles de efectuada la verificación, que se lleve a cabo una inspección en la sede del centro de conciliación, a fin de constatar que las

instalaciones sean adecuadas en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 47, numeral 10 y artículo 49 del Reglamento. La inspección deberá realizarse dentro de los diez días útiles siguientes a la fecha del oficio remitido al solicitante indicando la realización de la inspección. El oficio contendrá el día y la hora de dicha verificación.

Una vez efectuada la inspección y constatado el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley y el Reglamento, el Ministerio de Justicia expedirá la resolución directoral concediendo la autorización de funcionamiento y que deberá ser publicada en la página web institucional del Ministerio de Justicia. La resolución deberá expedirse en un plazo no mayor de siete días calendario contados desde la fecha de la inspección. La expedición de la resolución de autorización del centro de conciliación implica la inscripción de este en el Registro Nacional Único de centros de conciliación.

4. Registro Nacional Único de centros de conciliación

Como hemos visto, el Ministerio de Justicia también tiene a su cargo el Registro de los centros de conciliación –conforme el artículo 26 de la Ley–, para lo cual el artículo 54 del Reglamento prescribe que el Ministerio de Justicia tiene a su cargo el Registro Nacional Único de centros de conciliación, en el que inscribirá de oficio a los centros una vez expedida la resolución a que alude el artículo 53 del Reglamento. En el Registro se archivarán los documentos sustentatorios de las solicitudes formuladas por los centros de conciliación, se anotarán las sanciones impuestas a cada centro o a sus conciliadores, así como los motivos que la originaron. Cualquier cambio en relación con la información y documentación contenida en el Registro deberá ser comunicado al Ministerio de Justicia.

III. ÓRGANOS DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN

Entendiendo que los servicios conciliatorios son proporcionados por el centro de conciliación, en tanto es una entidad que se constituye para ejercer tal fin, debemos asumir una serie de diferenciaciones y responsabilidades de los miembros que lo componen. En un primer momento, ni la ley ni el reglamento fueron precisos al momento de definir la estructura orgánica, jerárquica y funcional que debía regir a todos los centros de conciliación, pero el modelo de Reglamento Tipo de los centros de conciliación aprobado por Resolución Ministerial Nº 081-98-JUS, publicado el 27 de abril de 1998, nos proporcionaba algunas precisiones en cuanto a la reglamentación interna de todo centro de conciliación.

Posteriormente, el actual Reglamento de la Ley de conciliación, aprobado por Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS, cumple con precisar en su artículo 48 cuáles son los órganos de dirección de todo centro de conciliación, a saber: el director y el secretario general, además de contemplar la posibilidad de establecer otras secretarías que determine establecer la persona jurídica que constituye el centro de conciliación (como podrían ser, por ejemplo: notificaciones, archivo, copias certificadas, etc.)

GRÁFICO
ÓRGANOS DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN



(C) M. Pinedo A. 2017

1. Director del centro de conciliación

Por definición del artículo 48 del Reglamento la dirección administrativa del centro de conciliación estará a cargo del director. De ello podemos colegir que el director es la máxima autoridad administrativa del centro de conciliación y ejerce una serie de funciones que básicamente son de tipo representativo ante todo tipo de autoridad. En realidad, de él dependen todos los demás miembros del centro de conciliación al ser el funcionario de mayor jerarquía siendo que los demás miembros se encuentran en una suerte de subordinación jerárquica.

Un requisito esencial para considerar en la elección del director de un centro de conciliación reposa en que se exige que este sea conciliador extrajudicial acreditado por el Ministerio de Justicia, y además debe carecer de

antecedentes penales, policiales y judiciales. Además, no debe haber sido designado como director en otro centro de conciliación.

La elección del director recae en el órgano de la persona jurídica que ha constituido el centro de conciliación o, en su defecto, el de quien aparezca con facultades de acuerdo con los estatutos de la persona jurídica. El Reglamento del centro de conciliación debe mencionar el periodo de la designación así como la posibilidad de reelección.

Las funciones del director del centro de conciliación las encontramos detalladas en el artículo 48 del Reglamento y las podemos agrupar de la siguiente manera:

a) Funciones de representación

- Representar al centro de conciliación ante cualquier autoridad administrativa y/o judicial; así como ante un proceso arbitral o un proceso conciliatorio. (Inciso b).

b) Funciones de gestión

- Dirigir y coordinar todas las funciones del centro, sin perjuicio de las especiales otorgadas al secretario general del centro (inc. a).
- Examinar y evaluar a los aspirantes a conciliadores (inc. f).
- Poner a disposición del Ministerio de Justicia, cuando este lo estime conveniente, los expedientes personales de los conciliadores (Inciso i).
- Enviar al Ministerio de Justicia trimestralmente, la información estadística objetiva y veraz, a la que hace referencia el artículo 30 de la Ley (inc. j).

c) Funciones procesales

- Designar para cada asunto al respectivo conciliador (inc. k).
- Velar por el correcto desarrollo de las audiencias y por el cumplimiento de los deberes de los conciliadores, así como de las funciones del personal administrativo (inc. e).

d) Funciones de capacitación

- Promover y coordinar con otros centros, universidades o similares, y con el Ministerio de Justicia, actividades de tipo académico

relacionadas con la difusión de la conciliación y la capacitación de conciliadores (inc. c).

- Diseñar, coordinar y dirigir los cursos de capacitación continua para sus conciliadores (inc. d).
- Preparar y dirigir los "Encuentros de Actualización Interna" del Centro (inc. g).
- Tener a su cargo las evaluaciones finales de los "Encuentros de Actualización Interna" (inc. h).

e) Otras funciones que podrían incorporarse

- Formular las propuestas que considere convenientes para ampliar o modificar las funciones del centro, o sus objetivos institucionales. Dichas propuestas se discutirán y aprobarán de acuerdo con el procedimiento establecido en los estatutos de la persona jurídica que ha constituido el centro de conciliación.
- Celebrar, rescindir y resolver los contratos de prestación de servicios de los conciliadores.
- Celebrar todos los contratos necesarios para el correcto desarrollo del centro.
- Crear las secretarías que considere necesarias y pertinentes, debiendo contar con la autorización de la persona jurídica promotora del centro de conciliación.

2. Secretaría general

La secretaría general del centro de conciliación está a cargo del secretario general, quien es designado por el director del centro de conciliación, conforme a lo señalado por la segunda parte del artículo 48 del Reglamento.

Un requisito esencial en la elección del secretario general de un centro de conciliación reposa en que se exige que este sea conciliador extrajudicial acreditado por el Ministerio de Justicia, y además debe carecer de antecedentes penales, policiales y judiciales. Además, no debe haber sido designado como secretario en otro centro de conciliación.

Podríamos decir que el secretario general es un funcionario que goza de la absoluta confianza del director del centro, el cual le encomendará funciones de tipo netamente administrativo y que también podríamos clasificar de la siguiente manera:

a) Funciones procesales

- Recibir y darles trámite a las solicitudes de conciliación (inc. a).
- Notificar la invitación a conciliar, respetando los requisitos establecidos en el artículo 17 del Reglamento de la Ley de Conciliación (inc. b).
- Llevar el registro de actas de conciliación y el archivo del mismo (inc. c).
- Expedir copia certificada de las actas de conciliación (inc. d).

Según el artículo 28 de la Ley, cada centro de conciliación llevará y custodiará un Libro de Registro de Actas y un archivo del mismo además del archivo de los expedientes, del cual se expedirán copias certificadas solo a pedido de parte interviniente en el procedimiento conciliatorio, del Ministerio de Justicia o del Poder Judicial. Se precisa además que los expedientes deben ser archivados y custodiados por el centro de conciliación extrajudicial en las instalaciones autorizadas para su funcionamiento bajo responsabilidad.

El último párrafo del artículo 28 de la Ley señala que, en caso de destrucción, deterioro, pérdida o sustracción parcial o total del acta de conciliación o de los expedientes, debe comunicarse inmediatamente al Ministerio de Justicia, que procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 19-B de la ley, o sea actuar de acuerdo a la facultad sancionadora pudiendo imponer sanciones administrativas, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan.

El artículo 57 del Reglamento precisa que, en caso de autorización de suspensión temporal de actividades de centros de conciliación, se debe señalar el acuerdo de la persona jurídica por el que se aprueba la suspensión de actividades del centro, indicando el tiempo de suspensión así como la designación de la persona responsable de la expedición de las copias certificadas de las actas, así como la dirección donde se ubicará y expedirá dichas copias certificadas adicionales y el horario de atención.

Por su parte, el artículo 58 del Reglamento señala que en el caso de que se autorice el cierre del centro de conciliación, este se encuentra obligado a remitir al Ministerio de Justicia la totalidad del registro de actas de conciliación.

Sobre el Registro no se determina en la Ley si posee el carácter de ser público o privado, aunque el artículo 28 de la Ley nos sugiere que es de carácter privado ya que señala que las copias certificadas son expedidas a pedido de parte, ya que podríamos asumir que solo a las partes intervinientes en el procedimiento conciliatorio pueden expedírseles una copia certificada del acta, salvo mandato de autoridad competente, como el Ministerio de Justicia o el Poder Judicial.

b) Funciones administrativas

- Recibir, seleccionar, ordenar y clasificar las solicitudes de los aspirantes a conciliadores (inc. f).
- Encargarse de registrar en los expedientes personales de los conciliadores las evaluaciones finales de los "Encuentros de Actualización Interna" (inc. e).

Debe considerarse que también podrían establecerse otras funciones adicionales tales como coordinar las funciones de las secretarías adicionales que el director del centro hubiese creado, así como evaluar los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley para ser conciliador.

3. Secretarías delegadas

En concordancia con el artículo 48 del Reglamento, que señala en su parte inicial que la persona jurídica que ha constituido el centro podrá crear las secretarías que estime conveniente para que ejerzan funciones administrativas previamente determinadas, o asuman alguna o algunas de las funciones que le deleguen el director o el secretario general, debemos asumir en este supuesto que estas secretarías dependen jerárquicamente de la secretaría general.

Por una cuestión de economía, la mayoría de los centros prefiere no ejercer esta facultad, manteniendo la división de funciones entre el director y el secretario general, aunque de acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior, en un futuro cercano podríamos estar ante situaciones originadas por el crecimiento en la carga procesal que obligarían a ejercer esta facultad al director del centro. Así, se podrían crear secretarías delegadas para que se encargasen de asuntos tales como la recepción y calificación de las solicitudes, la notificación de las invitaciones, el registro de las actas de conciliación, la expedición de las copias certificadas de las actas, la evaluación y capacitación continua de los conciliadores, entre otras funciones.

4. Conciliadores

Los conciliadores extrajudiciales también forman parte del centro de conciliación y serían los únicos habilitados para ejercer función conciliadora tanto en temas de derechos disponibles y en los temas especializados en familia (supuesto este último en el que deben contar con la respectiva acreditación adicional). Recordemos que para ser director o secretario general se exige ser conciliador extrajudicial, con lo cual tenemos que nada impide que siendo conciliadores se pueda detentar una doble condición al interior del centro ya sea como director o secretario general.

Su pertenencia al centro está determinada al cumplimiento del trámite de **adscripción** que es la comunicación en sede administrativa de que el conciliador forma parte de la nómina de determinado centro de conciliación, con lo cual podríamos verificar el hecho de que un solo conciliador podría estar adscrito y –en consecuencia– ejercer función conciliadora en más de un centro de conciliación extrajudicial.

Por otro lado, se encontrarían en situación de subordinación frente al director del centro de conciliación, quien los designa para cada caso concreto originado por la presentación de la solicitud de conciliación; asimismo, su relación con el secretario general es de profunda coordinación, en la medida en que estos últimos se encargan tanto de la notificación de la invitación para conciliar como de la expedición de las copias certificadas del acta.

Hay que tener presente que, de acuerdo a las limitaciones señaladas en el artículo 26 del Reglamento, ni el conciliador ni los que brindan servicios de conciliación pueden ser juez, árbitro, abogado, testigo o perito en el proceso que se promueva como consecuencia de la audiencia de conciliación que haya culminado con o sin participación de las partes. Por ello se recomienda ser selectivo respecto del número de centros de conciliación donde el conciliador se encuentre adscrito, pues así como se incrementa la posibilidad de ser designado conciliador a cargo de la conducción de diversos procedimientos conciliatorios, también se incrementa la posibilidad de encontrarse bajo los supuestos de limitación profesional en caso de no ser designado como conciliador.

5. Abogado del centro

Conforme a lo señalado por el artículo 29 de la Ley, todo centro de conciliación debe contar por lo menos con un abogado, quien se encargará de verificar la legalidad de los acuerdos adoptados. Recordemos que si bien es cierto que las partes son libres para resolver su controversia en los términos que mejor les parezca, se debe respetar siempre el límite fijado por las normas

imperativas. Si tenemos en cuenta, adicionalmente, que no todos los conciliadores son abogados, entonces la función principal del abogado del centro será la de efectivizar el cumplimiento del principio de legalidad que no es otra cosa que la conformidad del acuerdo conciliatorio al que arriben las partes, con el ordenamiento jurídico.

En este sentido es pertinente precisar que es función del conciliador el redactar el acta de conciliación verificando que esta cumpla con todos los requisitos formales exigidos por el artículo 16 de la Ley, y la función del abogado consistirá única y exclusivamente en verificar que el acuerdo conciliatorio que forma parte del Acta se ajuste al ordenamiento legal vigente, no debiendo verificar si es que el Acta de conciliación cumple con los requisitos formales exigidos por Ley, y que son de responsabilidad exclusiva del conciliador en cuanto a su cumplimiento, conforme lo señalan los numerales 2 y 11 del artículo 44 del Reglamento concordado con el numeral 4) literal f) del artículo 43 del Reglamento.

Por su parte el artículo 47, *in fine,* del Reglamento señala que si el conciliador es abogado colegiado, ejercerá doble función en la conciliación: la de conciliador y la de supervisor de la legalidad de los acuerdos, para lo cual el centro de conciliación deberá comunicar al Ministerio de Justicia la adscripción del conciliador en esta doble condición como conciliador y abogado. Esto se justifica en el hecho de que la presencia del abogado del centro de conciliación se hace imprescindible para aquellos casos en los que el conciliador que guía el procedimiento conciliatorio no es abogado y requiere forzosamente de un soporte en lo que respecta a la verificación de la legalidad de los acuerdos. Esta motivación se desvanece cuando el conciliador posee la condición de ser abogado colegiado, ya que existe la presunción legal de que se encuentra capacitado para verificar la legalidad del acuerdo conciliatorio, pero reiteramos que esta condición de encontrarnos frente a un **conciliador-abogado** debe ser comunicada previamente.

IV. TARIFAS DE LOS CENTROS DE CONCILIACIÓN

Se entiende por **tarifa** a todo dinero percibido por el centro de conciliación por la prestación de servicios conciliatorios a título oneroso y comprende tanto los gastos administrativos del centro así como los honorarios profesionales del conciliador.

El **cuadro de tarifas** debe ser aprobado por el Ministerio de Justicia, a la vez que se exige que deba ser exhibido en el local del centro de conciliación, pero se entiende que previamente a esta autorización oficial dicho cuadro

tarifario debe ser aprobado por el ente promotor del centro de conciliación, mediante decisión del órgano pertinente para tal fin. Toda modificatoria del cuadro de tarifas debe pasar necesariamente por este doble trámite de aprobación (entiéndase al interior de cada ente promotor y luego de esto la aprobación por parte de la autoridad pública).

La regulación prevista para las tarifas no analiza topes en cuanto a las tarifas de los centros de conciliación, o en cuanto a las posibles expectativas que por ganancias por concepto de honorarios profesionales o similares tenga un conciliador; por el contrario, el espíritu de la regulación de las tarifas radica en verificar que no se persiga un fin lucrativo al interior de los centros de conciliación.

Se prohíbe todo cobro por encima de la tarifa establecida en cada centro de conciliación, pero queda abierta la posibilidad de poder cobrar precios inferiores a los señalados en los cuadros de tarifas.

El tema de las tarifas es un punto interesante de estudio ya que la normativa vigente pretende regular de manera eficiente el costo que significa acceder a los servicios en cualquier centro de conciliación privado existente a nivel nacional y que brinde sus servicios a título oneroso, sin que el ejercicio de la actividad conciliatoria signifique la obtención de algún tipo de lucro por parte de la entidad promotora o de los directivos del centro de conciliación al ser estas instituciones que se constituyen sin ánimo de lucro.

Es en este punto en el cual se entrelazan diversas concepciones, al señalarse que los centros de conciliación privados se encontrarán sujetos a una especie de **intervención estatal** que procura que las tarifas a cobrarse a los usuarios no signifiquen algún tipo de beneficio económico al ser estas instituciones sin fines de lucro; aunque existen otros que consideran que no debería existir tal interferencia ya que las tarifas son establecidas por el propio centro sobre la base de la ley de la oferta y la demanda y que cualquier regulación lo que ocasionaría sería una distorsión en las tarifas que no reflejarían los costos mínimos en los que se incurre para proporcionar un servicio conciliatorio, lo que podría generar el cierre de los centros ya constituidos.

1. Base legal

La regulación de las tarifas de los centros de conciliación que prestan sus servicios a título oneroso estuvo regulada en la Directiva N° 001-JUS/DM-STC, la cual fue aprobada mediante Resolución Ministerial N° 117-2001-JUS de fecha 3 de abril de 2001, publicada en el diario oficial el 7 de abril de 2001.

Tuvo como base legal el artículo 52 del derogado primer Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 001-98-JUS[(240)]. Asimismo, el Reglamento Tipo de los centros de conciliación aprobado por Resolución Ministerial N° 081-98-JUS, contenía en su título VI una propuesta de esquema tarifario que se constituía en una propuesta no vinculante, formulada a manera de ejemplo de cómo elaborar la tabla de tarifas de cada uno de los centros de conciliación a conformarse posteriormente. Dicha propuesta señalaba que el cuadro de tarifas del centro de conciliación comprende tanto los gastos administrativos del centro así como los honorarios profesionales del conciliador.

El actual Reglamento de la Ley de conciliación, aprobado por Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS establece en su artículo 50 la regulación vigente de los tarifarios de los centros de conciliación. Dicho artículo señala que los centros de conciliación que presten sus servicios a título oneroso están obligados a contar con un tarifario, el cual deberá establecerse en el Reglamento del centro de conciliación. Este tarifario comprenderá los **honorarios del conciliador** y los **gastos administrativos** y deberá ser exhibido en un lugar visible en el local del centro de conciliación, para conocimiento del público usuario del servicio.

Se precisa que los centros de conciliación solo podrán cobrar las tarifas que el Minjus haya aprobado previamente, siendo que la modificación del tarifario seguirá el trámite establecido para la modificación del Reglamento del centro de conciliación, es decir, mediante acuerdo de la persona jurídica promotora del centro de conciliación.

2. Honorarios del conciliador

Los honorarios profesionales del conciliador vienen a ser aquella parte del costo total de la tarifa distinta a los gastos administrativos y que va a ser destinada al pago de los servicios prestados por el conciliador al interior de un procedimiento conciliatorio. En principio, el monto de los honorarios profesionales de todo conciliador se puede fijar de manera libre.

Para los casos en que se recurre a la coconciliación, aunque el marco normativo no lo precisa, deberá entenderse que al no poderse cobrar por encima

(240) Decreto Supremo N° 001-98-JUS, Reglamento de la Ley de Conciliación.
"**Artículo 52.-** Si el centro de conciliación presta servicios a título oneroso, deberá elaborar una tabla de honorarios señalando los montos a pagarse por los servicios de conciliación, según la cuantía y tipo de conflicto. Tratándose de asuntos de familia, las tarifas no pueden exceder, en ningún caso, de 1 URP.
Será sancionado el centro de conciliación que discrimine la atención de asuntos de poca cuantía o de familia".

de lo señalado en el cuadro de tarifas, el monto de los honorarios resultará de dividir el monto correspondiente a los honorarios que se determine en la tabla respectiva entre el número de conciliadores designados para el procedimiento conciliatorio.

Los honorarios del conciliador podrán fijarse libremente teniendo en cuenta los siguientes criterios:

1. El monto de los honorarios del conciliador deben estimarse mediante sumas fijas por tipos de conflictos, cuando estos importan pretensiones cuantificables. En caso de pretensiones no cuantificables, deberán estimarse sumas fijas sin distinción de la materia involucrada y que no excedan de una Unidad de Referencia Procesal (URP);

2. No pueden establecerse tarifas en razón de la forma de conclusión del procedimiento conciliatorio, salvo si se pacta un monto diferenciado en el caso de inasistencia de una parte;

3. No pueden establecerse tarifas por horas de trabajo del conciliador;

4. Si el centro de conciliación decide establecer una tarifa única para todo tipo de cuantía o conflicto, esta incluirá los gastos administrativos y los honorarios profesionales del conciliador;

5. Por ningún motivo podrá condicionarse la entrega a las partes del acta de conciliación u otro documento, al pago de gastos u honorarios distintos a los señalados en el tarifario;

6. Los centros de conciliación podrán disminuir libremente los montos de honorarios y gastos administrativos, si así lo pactasen con los usuarios de sus servicios;

7. En los asuntos de familia las tarifas de honorarios establecidas por los centros de conciliación no pueden exceder de una unidad de referencia procesal (URP)(241).

(241) No entendemos esta especie de **intervencionismo** en la elaboración de los cuadros tarifarios de los centros de conciliación. Tal vez se parte de la premisa –equivocada– que todos los temas derivados de familia involucran a partes con un nivel económico bajo, aunque en los procesos de **divorcio rápido** tramitados ante municipalidades y notarías se llega a emplear actas de conciliación extrajudicial en aquellos casos en que tiene que establecerse pensiones de alimentos, régimen de visitas y tenencia, y solamente se limitan a reproducir los acuerdos arribados en sede conciliatoria pero no existe disposición que restrinja el monto a cobrar por estos procedimientos de divorcio consensuado. Insistimos en que debería tratarse de una mejor manera esta disposición legal, pues se limita la posibilidad de que los conciliadores especializados en familia reciban un honorario profesional adecuado al tipo de labor que realizan.

Los centros de conciliación podrán establecer en sus reglamentos internos la posibilidad de cobrar un porcentaje de la tarifa al momento de ser presentada la solicitud y la diferencia al final del procedimiento conciliatorio.

3. Gastos administrativos

Por su parte, el artículo 51 del Reglamento señala que se entienden como gastos administrativos toda actividad que deba realizar el centro de conciliación y el conciliador para el apoyo del servicio y el correcto desarrollo del procedimiento conciliatorio.

Decimos que es una suma única y además líquida que es aplicable a todos los procedimientos conciliatorios, ya que el costo por gastos administrativos siempre será el mismo para todos los casos, no existiendo relación alguna entre la cuantía de la pretensión contenida en la solicitud de conciliación y los gastos administrativos, los cuales permanecerán invariables.

El monto de los gastos administrativos es único y comprende lo siguiente:

1. Designación del conciliador;
2. Invitación a las partes a las sesiones que correspondan;
3. Copias certificadas del acta de conciliación respectiva cuando haya finalizado el servicio conciliatorio.

El costo de las actas adicionales que posteriormente soliciten las partes no debe exceder el valor que implique su emisión.

Cuando el conciliador de un centro de conciliación no observe alguna de las formalidades señaladas en el artículo 16 de la Ley y convoque de oficio o a pedido de parte a una nueva audiencia de conciliación, el centro en mención deberá asumir los costos administrativos y de honorarios de la nueva audiencia.

V. MODELO DE CONSTITUCIÓN DE UN CENTRO DE CONCILIACIÓN

ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA DE ASOCIADOS

En la ciudad de ____________, siendo las __________ horas del dIA _________ de _______________ del año dos mil ______________ en nuestra sede institucional sito en ______________________________, se abrió la sesión de asamblea general extraordinaria de asociados, de conformidad con la convocatoria efectuada para este fin en aplicación de lo dispuesto en los estatutos de la "ASOCIACIÓN CIVIL SIN FINES DE LUCRO XXXXXXXXXXXXX", estando presentes los siguientes socios fundadores:

- Don AAAAAAAA AAAAAAA.
- Don BBBBBBBB BBBBBBB.
- Don CCCCCCCC CCCCCCC.

Estando presente el 100 % del total de asociados se da inicio a la asamblea general extraordinaria, la misma que se realiza de acuerdo a la esquela de convocatoria, debidamente notificada con tres días hábiles de anticipación, presidiendo la asamblea el presidente don AAAAAAAAAA AAAAAAAAA y redactando los acuerdos adoptados, don BBBBBBBB BBBBBBBB, quien actuó como secretario, con el objeto de llevar a acabo la siguiente a agenda:

1. Acordar la constitución del centro de conciliación denominado "centro de conciliación XXXXXXXXXXX"
2. Aprobar las funciones del centro de conciliación
3. Designación de los cargos directivos, forma de elección y periodo de ejercicio en el cargo del director y secretario general del centro de conciliación.
4. Aprobación del nuevo reglamento del centro de conciliación.
5. Acordar consignar el nombre del representante legal o el más alto cargo directivo de la persona jurídica.

A continuación se pasó a debatir el primer punto de la agenda:

1. ACORDAR LA CONSTITUCIÓN DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL DENOMINADO CENTRO DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL "XXXXXXXXXXX"

   Los asociados acuerdan por unanimidad la constitución de un centro de conciliación extrajudicial con la denominación **centro de conciliación extrajudicial** "XXXXXXXXXXX".

2. APROBAR LAS FUNCIONES DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN

   El presidente del centro manifestó que una vez creado el centro de conciliación, era necesario establecer sus funciones de manera coincidente con el marco normativo vigente, las cuales fueron aprobados por unanimidad y quedaron establecidas de la siguiente manera:

Funciones del centro de conciliación extrajudicial "XXXXXXXXX XX":

Son funciones del **centro de Conciliación Extrajudicial** "XXXXXXXX" las siguientes:

a) Prestar el servicio de conciliación extrajudicial en concordancia a lo establecido por la Ley N° 26872 - Ley de Conciliación, modificado por Decreto Supremo N° 1070 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, modificado por Decreto Supremo N° 006-2010-JUS.

b) Velar por el cumplimiento de los principios y obligaciones establecidos en la Ley de Conciliación, Ley N° 26872, modificado por Decreto Supremo N° 1070 aprobar las funciones del centro de conciliación.

c) Brindar orientacion eficiente al públlco usuario respecto de la Conciliación extrajudicial.

d) Desarrollar actividades de difusión de la conciliación extrajudicial en coordinación con entidades públicas o privadas.

e) Remitir al Ministerio de Justicia trimestralmente los resultados estadísticos de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación.

Seguidamente la asamblea procedió a tratar el siguiente punto de la agenda:

3. **DESIGNACIÓN DE LOS CARGOS DIRECTIVOS, FORMA DE ELECCIÓN Y PERIODO DE EJERCICIO EN EL CARGO DEL DIRECTOR Y SECRETARIO GENERAL DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN**

Luego de una breve deliberación los miembros de la asamblea eligieron por unanimidad al director y al secretario general del centro de conciliación extrajudicial "XXXXXXXXXXX", el cual queda conformado de la siguiente manera:

a) Designar a AAAAAAA AAAAAAA como director DEL CENTRO de conciliación extrajudicial "XXXXXXXXXXX", por el periodo de cinco años, el que será designado en lo sucesivo por la Asamblea de Asociados de la Asociación Civil.

b) Designar a BBBBBBB BBBBBBBB como secretario general del centro de conciliación "XXXXXXXXXXXXX", por el periodo de cinco años, el que será designado en lo sucesivo por el director del centro de conciliación.

Quienes aceptaron dichos cargos, los cuales desempeñarán de acuerdo a lo establecido por la Ley de Conciliación, Reglamento de la Ley y Reglamento del centro de conciliación.

Acto seguido, la asamblea pasó a tratar el siguiente punto de la agenda:

4. APROBACIÓN DEL NUEVO REGLAMENTO DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN

La asamblea aprueba por unanimidad el texto del Reglamento del centro de conciliación Extrajudicial "XXXXXXXXXXX", el cual consta de X Títulos y 24 artículos, según el siguiente detalle:

REGLAMENTO DEL CENTRO DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL "XXXXXXXXXXX"

TITULO I DEL CENTRO DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL

Artículo 1.- El centro de Conciliación Extrajudicial "XXXXXXXXXXX", en adelante **EL CENTRO**, ejercerá sus funciones en armonía con lo dispuesto en la Ley de Conciliación, su Reglamento y demás Disposiciones Legales Complementarias, así como lo señalado en este reglamento.

EL CENTRO presta sus servicios a título oneroso de acuerdo al cuadro de tarifas del centro de conciliación.

EL CENTRO podrá prestar servicios de conciliación a título gratuito, por pedido expreso del solicitante, debiendo tener autorización escrita de su Director.

TÍTULO II DE LAS FUNCIONES DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

Artículo 2.- Son funciones del centro:

a) Prestar el servicio de conciliación extrajudicial en concordancia con lo establecido por la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, modificada por Decreto Legislativo N° 1070 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, modificado por Decreto Supremo N° 006-2010-JUS.

b) Velar por el cumplimiento de los principios y obligaciones establecidos por la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, modificada por Decreto Legislativo N° 1070 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, modificado por Decreto Supremo N° 006-2010-JUS.

c) Brindar orientación eficiente al público usuario respecto de la conciliación extrajudicial.

d) Desarrollar actividades de difusión de la conciliación extrajudicial en coordinación con entidades públicas o privadas.

e) Remitir al Ministerio de Justicia trimestralmente los resultados estadísticos de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley de Conciliación, Ley N° 26872.

TÍTULO III
DE LOS ORGANOS DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

CAPÍTULO I
DEL DIRECTOR

Artículo 3.- La máxima autoridad administrativa del centro de conciliación es su director, quien es conciliador extrajudicial y cuya designación se efectuará mediante asamblea general de asociados. Dicho cargo se ejerce por un periodo de cinco años, pudiendo ser reelegido indefinidamente.

Artículo 4.- Conforme al artículo 48 del Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS, son funciones del director:

a) Dirigir y coordinar todas las funciones del centro de conciliación, sin perjuicio de las funciones que se otorguen al secretario general del centro.

b) Representar al centro de conciliación ante cualquier autoridad administrativa y/o judicial; así como ante un proceso arbitral o un procedimiento conciliatorio.

c) Promover y coordinar con otros centros, universidades o similares, y con el Minjus, actividades de tipo académico relacionadas con la difusión de la conciliación y la capacitación de los conciliadores.

d) Diseñar, coordinar y dirigir los cursos de capacitación continua para sus conciliadores.

e) Velar por el correcto desarrollo de las audiencias de conciliación y por el cumplimiento de los deberes de los conciliadores, así como de las funciones del personal administrativo.

f) Examinar y evaluar a sus aspirantes a conciliadores extrajudiciales.

g) Preparar y dirigir los "encuentros de actualización interna" del centro de conciliación.

h) Tener a su cargo las evaluaciones finales de los "encuentros de actualización interna".

i) Poner a disposición del Minjus, cuando este lo estime conveniente, los expedientes personales de los conciliadores.

j) Enviar al Minjus trimestralmente, la información estadística objetiva y veraz, a la que hace referencia el artículo 30 de la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación.

k) Designar para cada asunto al respectivo conciliador.

CAPÍTULO II
DE LA SECRETARIA GENERAL

Artículo 5.- La secretaría general estará a cargo del secretario general, quien es conciliador extrajudicial, y que es designado por el director del centro de

conciliación mediante documento expreso. Dicho cargo se ejerce por un periodo de cinco años, pudiendo ponerse fin a dicho periodo según criterio del director del centro de conciliación.

Artículo 6.- Conforme al artículo 48 del Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, son funciones del secretario general:

a) Recibir y darles trámite a las solicitudes de conciliación extrajudicial.

b) Notificar la invitación a conciliar, cumpliendo lo establecido en el artículo 17 del Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, Reglamento de la Ley de Conciliación.

c) Llevar el registro de actas de conciliación y el archivo del mismo.

d) Expedir copia certificada de las actas de conciliación y de la solicitud de conciliación de ser el caso, una vez concluida la audiencia conciliatoria.

e) Encargarse de registrar en los expedientes personales de los conciliadores las evaluaciones finales de los "encuentros de actualización interna".

f) Recibir, seleccionar, ordenar y clasificar las solicitudes de los aspirantes a conciliadores.

g) Coordinar las funciones de las secretarías que pudieran crearse al amparo del artículo 48 del Decreto Supremo N° 014-2008-JUS.

CAPÍTULO III
DE LAS SECRETARÍAS ADICIONALES

Artículo 7.- La asamblea general de asociados de la persona jurídica que ha constituido el centro de conciliación podrá crear en el futuro las secretarías que estime conveniente para que ejerzan funciones administrativas previamente determinadas, o asuman alguna o algunas de las funciones que le deleguen el director o el secretario general, al amparo de lo establecido en el artículo 48 del Decreto Supremo N° 014-2008-JUS.

Estas secretarías dependen jerárquicamente de la secretaría general.

TÍTULO IV
DE LA CAPACITACIÓN
A LOS CONCILIADORES

Artículo 8.- Trimestralmente se llevarán a cabo en el centro de conciliación, "encuentros de actualización interna" dirigidos únicamente a sus conciliadores. En ellos, los conciliadores y el equipo multidisciplinario que exista en el centro intercambiarán opiniones sobre sus experiencias personales dándoseles a conocer los últimos avances en técnicas de negociación. Asimismo deberán realizarse clases prácticas y teóricas con su correspondiente evaluación final. El puntaje obtenido en dichas evaluaciones quedará consignado en el expediente personal del conciliador.

Además, el centro inscribirá a sus conciliadores, como mínimo, en un curso de capacitación al año.

Artículo 9.- Los "encuentros de actualización interna" y los cursos de capacitación a que se refiere el artículo anterior, son de asistencia obligatoria para los conciliadores, y se llevarán a cabo fuera del horario de atención al público.

TÍTULO V
DEL PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

Artículo 10.- El procedimiento de conciliación extrajudicial se inicia con la presentación de una solicitud verbal o escrita. Para tal efecto la parte solicitante se apersonará al local del centro de conciliación. Al formularse la solicitud de la conciliación verbal o escrita, individual o conjunta, el secretario general le asignará un número correlativo y se clasificará según la especialidad, siguiendo el procedimiento regulado en la Ley de Conciliación y su Reglamento. Los servicios que brinda el centro de conciliación pueden ser onerosos o gratuitos.

Artículo 11.- El director del centro de conciliación designará al conciliador hasta el día hábil siguiente de recibida la solicitud, teniendo este último dos días hábiles para cursar las invitaciones a las partes para la realización de la audiencia de conciliación.

El plazo para la realización de la audiencia no superará los siete días hábiles contados a partir del día siguiente de cursadas las invitaciones, debiendo mediar entre la recepción de la invitación y la fecha de audiencia no menos de tres días hábiles.

Si la solicitud es presentada por ambas partes, la audiencia de conciliación podrá realizarse en el día.

Artículo 12.- El conciliador puede abstenerse o ser recusado por las mismas causales de impedimento o recusación establecidas en el Código Procesal Civil. La solicitud de recusación al conciliador deberá ser presentada ante el centro de conciliación hasta veinticuatro (24) horas antes de la fecha de la audiencia.

En este caso, el director del centro de conciliación deberá designar inmediatamente a otro conciliador, debiendo comunicar de este hecho a las partes, manteniéndose el mismo día y hora fijada para la realización de la audiencia.

El conciliador que tenga algún impedimento deberá abstenerse de actuar en la conciliación, poniendo en conocimiento la circunstancia que lo afecte en el día de su designación al centro de conciliación, a fin de que el director del centro proceda a designar de inmediato a un nuevo conciliador.

Artículo 13.- Cuando el conciliador no sea abogado, los acuerdos a que se arriben deberán ser supervisados por el abogado del centro, el mismo que revisará el proyecto de acuerdo, antes de ser presentado a las partes.

No es necesario que el abogado se encuentre presente en las sesiones, ya que solo velará por la legalidad de los acuerdos adoptados, los que deberán estar claramente descritos.

El centro de conciliación queda obligado a entregar copia certificada del acta de conciliación y de la solicitud a conciliar una vez concluida la audiencia de conciliación, no pudiendo condicionar la entrega de la primera copia certificada del acta de conciliación al pago de gastos u honorarios adicionales.

En caso asistiera una sola de las partes, el centro de conciliación entregará a esta una copia certificada del acta de conciliación, de manera gratuita. En caso de que ninguna de las partes concurra a la audiencia, el centro de conciliación queda facultado a entregarles una copia certificada del acta, previo pago del derecho correspondiente.

Artículo 14.- El centro de conciliación, bajo responsabilidad, llevará un registro de las actas de conciliación, el cual comprende tanto el archivo de las Actas de conciliación, como el Libro de Registros de Actas de Conciliación, y custodiará el archivo de expedientes y actas de conciliación conforme lo señalado por el artículo 28 de la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación.

TÍTULO VI
DE LAS SANCIONES A LOS CONCILIADORES

Artículo 15.- El centro de conciliación, a través de la dirección del centro, deberá comunicar al Ministerio de Justicia dentro de los cinco (5) días útiles de ocurrida la infracción, sobre los conciliadores que incurran en falta para efectos de la imposición de la sanción respectiva, según lo establece el numeral 27 del artículo 56 del Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS, Reglamento de la Ley de Conciliación.

Artículo 16.- Constituyen faltas:

a) El incumplimiento de sus funciones y obligaciones previstos en los artículos 43 y 44 del Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS, Reglamento de la Ley de Conciliación.

b) No concurrir a la audiencia de conciliación sin causa justificada.

c) Pretender cobrar honorarios o tarifas adicionales a las autorizadas por el centro.

d) Las que se señalen como tales en el Título V, "De las infracciones y sanciones de los operadores del sistema conciliatorio" del Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS, Reglamento de la Ley de Conciliación.

TÍTULO VII
DE LAS NORMAS DE CONDUCTA PARA LOS CONCILIADORES, PERSONAL ADMINISTRATIVO Y PÚBLICO USUARIO

Artículo 17.- El conciliador deberá cumplir con los principios establecidos en el artículo 2 del Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS, Reglamento de la Ley de Conciliación.

Artículo 18.- El conciliador deberá cumplir con sus funciones y sujetar su actuación como tal, conforme a lo prescrito por la ley de conciliación y su reglamento.

Artículo 19.- El personal administrativo mantendrá reserva de todas las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio y los acuerdos a que hayan dado lugar, así como de los documentos que estuviesen a su cargo.

Artículo 20.- Los usuarios de los servicios brindados por el centro observarán las normas de conducta que a continuación se señalan, en los procedimientos de conciliación extrajudicial:

a) Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones durante la audiencia de conciliación y después de ella.

b) Mantener una posición respetuosa de las reglas que el conciliador establezca al inicio de la audiencia de conciliación, para su mejor desarrollo.

c) Abstenerse de usar expresiones ofensivas o agraviantes en sus intervenciones, en contra de su contraparte o en contra de terceros.

d) No portar armas de fuego u objetos contundentes

e) No portar celulares o mantenerlos apagados durante el desarrollo de la audiencia.

TÍTULO VIII
DE LAS TARIFAS

Artículo 21.- La tabla de honorarios del centro de conciliación comprende los gastos administrativos del mismo y los honorarios profesionales del conciliador.

El monto de los gastos administrativos es único y comprende lo siguiente:

- Formato o elaboración de la solicitud de conciliación.
- Designación del conciliador.
- Invitación a las partes a las sesiones que correspondan.
- Expedición de copias certificadas del acta de conciliación respectiva cuando se haya finalizado el procedimiento conciliatorio y copia certificada de la solicitud de conciliación de ser el caso.

Los honorarios del conciliador son la compensación por la actividad que realiza el conciliador por la prestación de sus servicios profesionales.

El costo de la copia certificada del acta de conciliación que se entrega al final del procedimiento conciliatorio a cada una de las partes está incluido en el pago por gastos administrativos.

El centro de conciliación deberá colocar en lugar visible para el público usuario la mencionada tabla.

Los honorarios para el inicio de actividades del centro, según la cuantía, se establece en función del siguiente cuadro:

MATERIA	HONORARIOS PROFESIONALES DEL CONCILIADOR	GASTOS ADMINISTRATIVOS
FAMILIA	S/. 400.00	S/. 200.00
CASOS NO CUANTIFICABLES	S/. 400.00	
CASOS CUANTIFICABLES	S/. 1000.00	
* COSTO POR EXPEDICIÓN DE COPIA CERTIFICADA DE ACTAS DE CONCILIACIÓN Y SOLICITUD DE CONCILIACIÓN.		S/. 30.00

Artículo 22.- El pago del costo del procedimiento será abonado íntegramente por el o los solicitantes en el momento de la presentación de la solicitud.

El pago del costo del total del procedimiento conciliatorio es independiente del tipo de resultado con que puede concluir el procedimiento.

Si el centro lo estima conveniente, puede cobrar montos inferiores a los señalados en el cuadro tarifario, efectuar reembolsos o inclusive puede brindar servicios de tipo gratuito.

TÍTULO XIX
DEL PROCEDIMIENTO PARA SOLICITAR COPIAS CERTIFICADAS DE ACTAS DE CONCILIACIÓN Y SOLICITUDES DE CONCILIACIÓN

Artículo 23.- Para la expedición de copias certificadas adicionales de actas de conciliación y su respectiva copia certificada de solicitud de conciliación (de ser el caso), el usuario deberá presentar una solicitud, la cual podrá ser de forma escrita o verbal, cumpliendo para ello con el pago por concepto de expedición de copias certificadas adicionales de actas de conciliación, la misma que será entregada a la parte solicitante dentro de los dos (2) días de presentada la solicitud.

TÍTULO X
APLICACIÓN SUPLETORIA

Artículo 24.- Al presente reglamento le será de aplicación supletoria lo normado por la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, modificada por Decreto Legislativo N° 1070 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, modificado por Decreto Supremo N° 006-2010-JUS.

Acto seguido, la asamblea pasó a tratar el último punto de la agenda:

5. **ACORDAR CONSIGNAR EL NOMBRE DEL REPRESENTANTE LEGAL O EL MÁS ALTO CARGO DIRECTIVO DE LA PERSONA JURÍDICA**

   Con relación al requisito previsto en el artículo 47 del Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS,

referido a consignar el nombre del representante legal o el más alto cargo directivo de la persona jurídica, los asociados acuerdan que el representante legal de la asociación es don **AAAAAAA AAAAAA**, Presidente Ejecutivo de la Asociación Civil.

Asismismo se autorizo al presidente ejecutivo, don **AAAAAA AAAAA-AAA**, para que, en nombre y representacion de la asociacion firme todos los documentos que sean necesarios para obtener la respectiva autorización por parte del Ministerio de Justicia.

Sin más puntos que tratar y habiéndose aprobado todos los acuerdos por unanimidad se levanta la sesión, siendo las __________________ horas del __________ de ___________ del año dos mil ______________________, en el local de la asociación, procediendo a firmar el acta los señores asociados en señal de conformidad.

AAAAAAAA AAAAAAAA. **BBBBBBB BBBBBBBBB.**

CCCCCCC CCCCCCCC.

CAPÍTULO XII

LOS CONCILIADORES EXTRAJUDICIALES



CAPÍTULO XII

LOS CONCILIADORES EXTRAJUDICIALES

> "Hace falta una persona con una misión para que un objetivo sea logrado".
>
> Clarence Thomas

I. OBJETO DE ESTUDIO

El sistema conciliatorio establecido por la Ley N° 26872 reposa en última instancia en los conciliadores extrajudiciales, ya que son estos los que van a guiar los procedimientos conciliatorios que tengan a su cargo, ejerciendo función conciliatoria, convirtiéndose en los operadores más importantes de este sistema mas no en los únicos. Se hace pues necesario analizar con detenimiento cómo ha regulado la ley de conciliación el campo de acción en lo que respecta a requisitos y funciones que deben ejercer.

II. CONCEPTO

El conciliador extrajudicial es la persona que ejerce función conciliadora, que se traduce en el hecho de propiciar el proceso de comunicación entre las partes al interior de un procedimiento conciliatorio, convirtiéndose en un operador para la paz social, un tercero que ayudará a las partes proporcionándoles un espacio ordenado de diálogo para que estas decidan si resuelven o no su controversia, estando facultado por ley para guiar el procedimiento y, de ser pertinente, plantear a las partes alternativas u opciones de solución que ellas pueden aceptar, modificar o dejar de lado.

En definitiva, la persona del conciliador es el punto clave ya que sobre él descansa la responsabilidad de encauzar el conflicto hacia una solución mutuamente satisfactoria y por acuerdo entre las partes, para lo cual se hará necesario que logre generar la suficiente confianza para poder realizar una labor de intermediación útil para la consecución de los objetivos de las partes. Para lograr tal fin deberá cumplir además con transmitir una imagen de imparcialidad y neutralidad a lo largo de todo el procedimiento conciliatorio,

esto es, que las partes reconozcan en él a un tercero que no tiene ninguna participación en el origen mismo del conflicto y que además no tiene ningún interés personal en la resolución en tal o cual sentido, respondiendo únicamente a la satisfacción de los intereses de las partes.

III. REQUISITOS

A continuación pasaremos a examinar con mayor detalle los requisitos exigidos por ley para ser considerado conciliador.

Según lo señalado en el artículo 20 de la Ley de Conciliación, el conciliador es la persona capacitada, acreditada y autorizada por el Ministerio de Justicia, para ejercer la función conciliadora. Cumple sus labores en un centro de conciliación, y dentro de sus funciones está promover el proceso de comunicación entre las partes y, eventualmente, proponer fórmulas conciliatorias no obligatorias. Para conciliar en las especialidades de familia y laboral se requiere que el conciliador a cargo del procedimiento conciliatorio cuente con la debida especialización, acreditación y autorización expedida por el Ministerio de Justicia.

Por su parte el artículo 32 del Reglamento complementa esta definición legal señalando que el conciliador es la persona acreditada por el Ministerio de Justicia para el ejercicio de la función conciliadora, quien para el desempeño como tal requiere encontrarse adscrito a un centro de conciliación autorizado por el Ministerio de Justicia y tener vigente la habilitación en el Registro Nacional Único del Ministerio de Justicia.

De lo señalado en las normas mencionadas, se desprenden cuatro ideas principales:

1. Cualquier persona puede ser conciliador extrajudicial

Contrario a la creencia muy difundida de que solo los abogados pueden desempeñarse como conciliadores extrajudiciales, se advierte que la Ley de Conciliación no señala ni exige que el aspirante a conciliador extrajudicial deba poseer cierto grado de instrucción superior o que tenga algún tipo de formación legal o de cualquier otra índole. De la totalidad de conciliadores extrajudiciales acreditados por el Ministerio de Justicia, un alto porcentaje posee grado de instrucción superior, y de ellos si bien es cierto hay un alto número que posee formación en el campo del Derecho, también existen diversos tipos de profesiones como educadores, psicólogos, administradores, comunicadores sociales, entre otros.

El criterio del legislador para asumir esta postura radica en lo que se conoce como el **enfoque multidisciplinario en la resolución de controversias**, esto es, que toda persona desde el punto de vista muy particular de su profesión –si la tuviere– o de su experiencia de vida, puede aportar y generar variadas y muy interesantes opciones de solución a la controversia. Se sostiene que para conseguir la implementación de la cultura de paz esta tarea no puede ni debe ser de exclusiva responsabilidad de los abogados, que de ordinario asumen únicamente una postura estrictamente legal al momento de pensar en la solución de determinada controversia, debiendo comprender necesariamente a la ciudadanía en su conjunto, considerada como un conjunto vivo y componente activo en el cumplimiento de este fin.

Claro está que no todos coinciden con el enfoque multidisciplinario, y más bien son de la idea que se debe exigir como requisito mínimo que los aspirantes a conciliadores sean abogados. Llegan a afirmar los partidarios de esta postura que, como las materias sometidas a conciliación –ya sea que tengan contenido patrimonial o persona–, son de carácter legal, por lo que se requiere de orientación de un profesional del Derecho, y el hecho de que el conciliador tenga formación jurídica garantizaría una mejor conducción de la audiencia, sobre todo al momento de proponer fórmulas conciliatorias, a la vez que garantizaría una mejor redacción del acta, evitando el riesgo de que las actas de conciliación sean rechazadas en el Poder Judicial por no versar sobre el tema materia de conciliación o por incumplimiento de los requisitos que estas deben cumplir.

Este criterio fue asumido, por ejemplo, en Argentina por la Ley de Mediación Nº 24.573 (que rige para los tribunales ordinarios de la ciudad de Buenos Aires y en los tribunales federales del interior del país), que en su artículo 16 señala que para ser mediador será necesario poseer título de abogado y adquirir la capacitación requerida; aunque este criterio no es único ya que como Argentina es un país federal cada provincia puede darse su propia ley de mediación, y en el caso de la provincia de Corrientes se redactó un proyecto de ley de mediación para dicha provincia contemplándose el desempeño de los mediadores en centros de mediación interdisciplinarios.

No se puede afirmar gratuitamente que por el solo hecho de ser un profesional del Derecho se posean *per se* las condiciones necesarias para ser conciliador, habida cuenta que en la resolución de los conflictos –dentro de un sistema autocompositivo– son las mismas partes las que se darán su solución si es que lo desean y en los términos que ellas convengan libremente, existiendo la posibilidad de renuncias o concesiones unilaterales o bilaterales. Muchas veces no se apela a un criterio legal, sino que se opta por criterios de

creatividad al momento de generar opciones de solución válidas, siendo que el marco legal servirá únicamente como una frontera que no se debe atravesar y este límite es custodiado en última instancia por el abogado del centro de conciliación, quien forzosamente deberá verificar en última instancia que los términos del acuerdo no vulneren la normativa imperativa.

Por otro lado, los profesionales en Derecho que han cursado cursos de formación y capacitación de conciliadores han experimentado en su gran mayoría un cambio de mentalidad en lo que respecta a su desempeño profesional, dejando de patrocinar legalmente a una parte por separado, para intentar buscar soluciones más justas y menos legales. Todos sabemos que cada conflicto se ve revestido de particularidades que requieren de un trabajo de distintos profesionales ya que, por ejemplo, nadie puede negar que en una disputa de familia sería conveniente el trabajo de abogados junto con psicólogos y asistentes sociales para lograr un mejor desempeño.

Claro está que, en el desempeño de la función conciliadora, se hacen necesarios una serie de requisitos que se constituyen en un perfil mínimo que debe cumplir todo conciliador –independientemente de ser letrado o no– como son comportarse de manera imparcial y neutral (es decir, debe haber ausencia de relación alguna entre el conciliador y cualquiera de las partes en disputa); además, debe ser capaz de realizar un análisis inteligente del conflicto (debiendo ver las causas del conflicto y elaborar propuestas de solución); debe saber escuchar (o sea, encontrarse en capacidad de saber interpretar las aspiraciones y concesiones que las partes consideran para llegar a un acuerdo); y finalmente, debe poseer facilidad para expresarse y comunicarse de manera eficiente con las partes.

2. Se requiere de un proceso previo de formación y capacitación

Así, la persona que aspire convertirte en conciliador extrajudicial deberá cumplir con una serie de requisitos que se traducen en primer lugar en acreditar un proceso de formación y capacitación previo en entidades formadoras de conciliadores. De acuerdo a lo establecido en el artículo 70 del Reglamento, esta capacitación puede recibirse en un centro de formación y capacitación de conciliadores, que es una entidad que tiene por objeto ejercer la función de formar y capacitar a los conciliadores extrajudiciales y/o especializados.

El artículo 76 del Reglamento señala que estos cursos constan de dos fases:

La primera es una **fase lectiva** con una duración no menor de 120 horas lectivas de 55 minutos cada una, en la que se desarrollan los módulos de

teoría del conflicto social, medios alternativos de solución de conflictos, negociación, modelos conciliatorios, técnicas de comunicación aplicadas a la conciliación, procedimientos y técnicas de conciliación, marco legal de la conciliación extrajudicial, ética aplicada a la conciliación y modelo de audiencias, a la que se debe añadir un módulo previo de conceptos legales básicos de 8 horas de duración dirigido a aquellos alumnos que carezcan de formación legal superior donde se desarrollen temas sobre estructura del Estado, conceptos y principios generales del Derecho y sistema judicial peruano y que culmina con un examen escrito. Esta fase deberá contar con un enfoque metodológico orientado hacia la creación de habilidades y destrezas necesarias para un adecuado manejo del procedimiento conciliatorio en la fase práctica. Los cursos de especialización en familia tienen una duración no menor a 60 horas lectivas en la que se desarrollan los temas de la familia, conciliación familiar, divorcio, violencia familiar, técnicas de comunicación, proceso de conciliación familiar y marco legal de la conciliación familiar.

La segunda fase se denomina **fase de afianzamiento de habilidades conciliatorias** y, según el artículo 77 del Reglamento, consiste en la práctica simulada de conducción individual de audiencias, a través de no menos de tres audiencias de conciliación simuladas con una duración mínima de 50 minutos cada una.

3. Es necesario un reconocimiento por parte de la autoridad

Luego de la capacitación el aspirante deberá realizar un trámite administrativo de **acreditación** que le permitirá encontrarse reconocido por el Ministerio de Justicia para ejercer función conciliadora. Así, y de conformidad a lo señalado en el artículo 22 de la Ley, se necesita ser ciudadano en ejercicio, haber aprobado el curso de formación y capacitación de conciliadores dictado por entidad autorizada por el Ministerio de Justicia, carecer de antecedentes penales y cumplir con los demás requisitos que exija el Reglamento.

El artículo 33 del Reglamento señala los requisitos para acreditarse como conciliador extrajudicial, a saber:

1. Copia simple del Documento Nacional de Identidad vigente a la fecha de la presentación de la solicitud. En caso de que el solicitante sea extranjero, deberá presentar copia simple del carné de extranjería.

2. El original de la constancia de asistencia y de aprobación del curso de formación de conciliadores extrajudiciales debidamente suscrita por el representante legal del Centro de Formación y Capacitación, que deberá contener la calificación obtenida y el récord de asistencias del

participante, además consignará el número del curso, las fechas de su realización y el número de la resolución de su autorización. En el caso de que el solicitante no pueda obtener la constancia de asistencia y aprobación del curso por causa ajena a su voluntad deberá presentar una declaración jurada manifestando el impedimento, debiendo consignar además el número del curso, la fecha de inicio y término y el número de la resolución de su autorización; la información declarada será corroborada por la DCMA con la documentación obrante en sus archivos.

3. Declaración jurada de carecer de antecedentes penales suscrita por el solicitante de acuerdo al formato autorizado por el Ministerio de Justicia.

4. Certificado de salud mental del solicitante expedido por el psicólogo o psiquiatra de un centro de salud público.

5. Dos fotografías tamaño pasaporte a color con fondo blanco.

6. Ficha de información personal del solicitante de acuerdo al formato autorizado por el Minjus.

7. Comprobante de pago por derecho de trámite en original.

Adicionalmente para la aprobación de la acreditación, el Ministerio de Justicia verificará el cumplimiento de lo señalado en el artículo 82 del Reglamento (referente a las condiciones del dictado de los cursos, especialmente a no haber superado el porcentaje máximo de inasistencias que es el 10 % del total de horas de la fase lectiva) y las demás normas de la materia que resulten pertinentes. Además, para ser acreditado como conciliador especializado, se deberá acompañar en su oportunidad, los requisitos señalados anteriormente, debiendo contar con el RNU de conciliador, además de aprobar un curso de especialización.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 39 del Reglamento, el Ministerio de Justicia al concluir el procedimiento de acreditación, expedirá la resolución correspondiente y asignará al solicitante un número de registro en el Registro Nacional Único (RNU) de conciliadores o de conciliadores especializados, según corresponda, con lo cual se le reconoce de manera formal su condición de conciliador. Esta inscripción deberá renovarse cada cinco años, conforme lo señala el artículo 40 del Reglamento a fin de poder obtener en sede administrativa la prórroga de la habilitación como conciliador para el ejercicio de la función conciliadora, aunque es preciso destacar que, en los hechos, no se está cumpliendo con la exigencia de esta disposición que data del año 2008.

4. Se debe formar parte de un centro de conciliación

Se dice esto ya que la función conciliadora no puede ser realizada de manera individual sino que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 del Reglamento, el conciliador forzosamente deberá estar adscrito en un centro de conciliación, esto es, por la **adscripción** se autoriza administrativamente el formar parte de la nómina de conciliadores de un centro de conciliación y ejercer función conciliadora únicamente en dicho centro, lo que posibilita una mejor labor de supervisión por parte del Ministerio de Justicia. Aquí existen dos posibilidades, o que el conciliador forme parte de la nómina de conciliadores desde el momento en que el centro de conciliación es autorizado o que sea incorporado posteriormente. Debemos mencionar, además, que no existe ningún inconveniente para que un conciliador se encuentre adscrito a más de un centro de conciliación.

IV. ACREDITACIÓN

Sobre este punto es pertinente hacer la distinción entre los diversos tipos de acreditación que en la práctica se pueden presentar:

> En primer lugar, existirá una situación que podríamos denominar **acreditación académica**, esto es, cuando el aspirante a conciliador ha concluido satisfactoriamente sus estudios de formación y capacitación como conciliador.
>
> En segundo lugar, y como ya se ha mencionado líneas arriba, se deberá seguir un procedimiento administrativo ante el Ministerio de Justicia –específicamente ante la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Medios Alternativos de Solución de Conflictos (DCMA)– para que este reconozca al aspirante como conciliador, otorgándole un número de registro, equivalente a una colegiación y que podríamos denominar **acreditación funcional**, ya que será el reconocimiento formal de la autoridad pública de la condición de conciliador extrajudicial.

Finalmente, en tercer lugar, y teniendo presente que la función conciliadora se ejerce únicamente al interior de un centro de conciliación, se deberá acreditar la pertenencia del conciliador a un centro de conciliación mediante la respectiva adscripción a la nómina de conciliadores de dicho centro, y que bien podríamos denominar **acreditación laboral**, ya que el ejercicio de la función conciliadora requiere de la verificación de que el conciliador a cargo del procedimiento conciliatorio se encuentre reconocido en sede administrativa como parte de dicho centro al existir obligación legal expresa

de contenida en el numeral 11 del artículo 44 del Reglamento de mantener vigente su Registro de Conciliador y encontrarse adscrito al centro de conciliación donde realice el procedimiento conciliatorio.

V. FUNCIONES Y OBLIGACIONES

El artículo 42 del Reglamento señala que son funciones generales del conciliador extrajudicial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley:

1. Promover el proceso de comunicación entre las partes.
2. Proponer fórmulas conciliatorias de ser necesario.

Por su parte, el artículo 43 del Reglamento prescribe como funciones específicas del conciliador:

1. Facilitar el diálogo entre las partes, permitiendo que se expresen con libertad y se escuchen con respeto.
2. Analizar la solicitud de conciliación con la debida anticipación y solicitar al centro de conciliación, cuando la situación así lo amerite, la participación de otro conciliador en la audiencia de conciliación. Esta es la única referencia legal a la figura de la **coconciliación**.
3. Informar a las partes sobre el procedimiento de Conciliación, su naturaleza, características, fines y ventajas. Asimismo, deberá señalar a las partes las normas de conducta que deben observar. Esta es una referencia legal al conocido **discurso inicial, discurso de apertura, apertura dialogada** o también conocido como **monólogo**, que son unas breves palabras que el conciliador dirige a las partes a efectos de informar respecto a las ventajas de la conciliación y la utilidad del procedimiento.
4. Llevar el procedimiento conciliatorio respetando las fases del mismo. Para lo cual deberá:
   a) Obtener información del conflicto preguntando a las partes en relación con lo que estuvieran manifestando con el objeto de entender los diferentes puntos de vista, aclarar el sentido de alguna afirmación o para obtener mayor información que beneficie al procedimiento de conciliación.
   b) Identificar el o los problemas centrales y concretos sobre los que versará la conciliación.

c) Tratar de identificar y ubicar el interés de cada una de las partes. Enfatizar los intereses comunes de las partes

d) Incentivar a las partes a buscar soluciones satisfactorias para ambas

e) Leer a las partes el acta de conciliación antes de proceder a la firma de esta. Informándoles sobre el alcance y efectos del acuerdo conciliatorio.

f) Consultar con el abogado designado la legalidad del acuerdo conciliatorio.

g) Redactar el acta de conciliación, cuidando que el acuerdo conciliatorio conste en forma clara y precisa.

Por su parte, el artículo 44 del Reglamento enumera las obligaciones del conciliador extrajudicial:

1. Llevar a cabo el procedimiento conciliatorio cumpliendo los plazos, principios y formalidades establecidos en la Ley y su Reglamento.

2. Redactar las actas de conciliación cuidando que contengan las formalidades establecidas en el artículo 16 de la Ley.

3. Redactar las invitaciones para conciliar cumpliendo con los requisitos previstos en el Reglamento y con los plazos establecidos en el artículo 12 de la Ley.

4. Abstenerse de actuar en un procedimiento conciliatorio donde previamente no exista un conflicto.

5. Observar los plazos que señala el artículo 12 de la Ley y su Reglamento para la convocatoria y/o el procedimiento conciliatorio.

6. Asistir a la audiencia de conciliación para la cual fue designado como conciliador.

7. Realizar procedimientos conciliatorios sobre materias conciliables.

8. Verificar que en la audiencia de conciliación la representación de personas naturales y los poderes se encuentren dentro de los supuestos establecidos en el artículo 14 de la Ley.

9. Concluir el procedimiento conciliatorio de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la Ley.

10. Realizar las audiencias de conciliación en local autorizado por el Minjus, o en local distinto que deberá contar con autorización expresa de este, en concordancia con lo señalado en el artículo 10 de la Ley.

11. Mantener vigente su registro de conciliador y encontrarse adscrito al centro de conciliación donde realice el procedimiento conciliatorio.

12. Redactar el acta de conciliación cuidando que los acuerdos conciliatorios consten en forma clara y precisa.

13. Cuando sea el caso poner fin a un procedimiento de conciliación por decisión motivada señalando la expresión de causa debidamente fundamentada.

14. Respetar el principio de confidencialidad.

15. Redactar el acta de conciliación en el formato de acta aprobado por el Minjus.

16. Identificar plenamente a todas las partes intervinientes de la audiencia conciliatoria.

17. Actuar en todos los procedimientos conciliatorios sin encontrarse inmerso en una causal de impedimento o recusación.

18. Cancelar la respectiva multa en caso de habérsele impuesto.

19. No utilizar la denominación o cualquier signo distintivo del Minjus o sus órganos, en cualquier documento de presentación.

20. Respetar y cumplir las sanciones impuestas por la DCMA; así como las medidas cautelares que le sean impuestas.

21. No solicitar y/o aceptar de las partes o de terceros, pagos, donativos, promesas o cualquier otra ventaja para ejercer su función regular o irregularmente.

22. No valerse del procedimiento conciliatorio, del acuerdo conciliatorio o de sus efectos, para beneficiarse o perjudicar a las partes o a terceros.

Podríamos agrupar estas funciones en tres grandes grupos: facilitar el acuerdo conciliatorio, conducir el procedimiento conciliatorio y, eventualmente proponer fórmulas conciliatorias no vinculantes. En definitiva la función principal del conciliador será la de ser un facilitador del proceso de comunicación entre las partes y que ha sido roto por la ocurrencia del

conflicto, y dicha labor la cumple dentro del procedimiento conciliatorio que conduce; para tal fin queda claro que para la Ley el cumplimento de las funciones se realiza únicamente al interior de un centro de conciliación. Estas funciones son desarrolladas al tratar el tema del procedimiento conciliatorio ya que es al interior de este que son realizadas por el conciliador.

Por otro lado, los principios éticos contenidos en el artículo 2 de la Ley y desarrollados en el artículo 2 del Reglamento se constituyen en una especie de **Código de Ética de tipo deontológico** y, en consecuencia, de cumplimiento obligatorio en lo que respecta a las funciones que debe cumplir todo conciliador y que desarrollamos más adelante al tratar el tema de los principios éticos.

1. Libertad de acción

El artículo 21 de la Ley de Conciliación señala que el conciliador conduce la audiencia de conciliación con libertad de acción, siguiendo los principios establecidos en la ley, lo que nos permite afirmar que nos encontramos ante un procedimiento flexible y que será guiado por el conciliador teniendo como referencia primero el marco legal y segundo la aplicación de las técnicas de comunicación que le permitan lograr su finalidad.

Mas esta libertad de acción se encuentra limitada, ya que el artículo 45 del Reglamento señala que la libertad de acción a que hace referencia el artículo 21 de la Ley tiene como límites naturales el orden público, las buenas costumbres y la ética en el ejercicio de la función conciliadora. Asimismo, precisa que la ética del conciliador en el ejercicio de la función conciliadora implica:

a) El respeto a la solución del conflicto al que deseen arribar voluntaria y libremente las partes.

b) El desarrollo de un procedimiento de conciliación libre de presiones, con participación de las partes, y el comportamiento objetivo e íntegro del conciliador, dirigido a facilitar la obtención de un acuerdo satisfactorio para ambas.

c) El respeto al centro de conciliación en el que presta sus servicios, absteniéndose de usar su posición para obtener ventajas adicionales a la de su remuneración

Esta exigencia de comportamiento al conciliador se basa en el hecho de que en todo momento se debe velar por el cumplimiento de las condiciones básicas que debe poseer todo tercero que intervenga en labores de

intermediación al interior de un procedimiento de resolución de conflictos, como son la imparcialidad y la neutralidad.

Así, todo conciliador debe tener presente que su labor es radicalmente distinta a la de un juez, y que carece de facultades para imponer una solución. Si es que las partes no desean solucionar su controversia entonces él deberá respetar esta decisión, ya que a lo mucho podrá proponer alternativas o recomendaciones que las partes pueden aceptar o no. Y si se presenta el caso en que las partes deciden resolver su controversia en tal o cual sentido, entonces deberá entender que esa ha sido la solución más adecuada a la satisfacción de los intereses de las partes y por eso están de acuerdo, debiendo velar únicamente que las partes hayan tenido la posibilidad de expresar su punto de vista de la controversia de manera libre así como hayan estado en posibilidad de evaluar todas las opciones posibles de solución y que hayan optado de manera libre y voluntaria por la que a su criterio sea la más conveniente pero sin vulnerar los límites de la autonomía privada como son las normas imperativas y las buenas costumbres.

Además, bajo ninguna condición podrá obtener algún tipo de beneficio adicional al de su remuneración, ya que aceptarlo implicaría una especie de parcialización tácita con la parte que hizo entrega de dinero o regalos, aunque aquí es preciso distinguir entre el pedido que pudiera efectuar un mal conciliador y la muestra de agradecimiento plasmada en la entrega de un presente. En el primer caso, ni durante el procedimiento ni finalizado este podrá darse una especie de pedido adicional por parte del conciliador hacia cualquiera de las partes, ya que no sería una conducta ética. Mas en el segundo caso, hay que tener presente que en muchas localidades –mayormente en el interior del país– puede existir la posibilidad de que las partes hayan llegado a una solución de su controversia y que ambas deseen agradecer al conciliador mediante la entrega de algún presente, comportamiento que es muy arraigado y que en caso de ser rechazado bruscamente, puede dar lugar a algún tipo de sentimiento de ofensa en estas personas; por esta razón lo recomendable sería, y teniendo presente estas costumbres, informar a ambas partes de la existencia de esta prohibición legal de aceptar cualquier tipo de obsequio por más buena fe o agradecimiento que exista en las partes.

VI. CLASES

La redacción original de los artículos 5 y 7 de la Ley de Conciliación señalaba que las partes podían optar de manera excluyente por los centros de conciliación o recurrir ante los jueces de paz letrados, y a falta de estos ante el juez de paz, según lo estipulado por el artículo 33 de la misma ley. Según los artículos mencionados los conciliadores extrajudiciales podían ser de dos

clases, el primero es aquel que cumple funciones en un centro de conciliación, y el segundo será el juez de paz letrado, y en ausencia de este ejercerá sus funciones el juez de paz. El procedimiento de conciliación ante jueces de paz estaba regulado en el Capítulo VI de la Ley, específicamente en los artículos 33 al 38 de la Ley de Conciliación.

Posteriormente se declaró la suspensión de manera indefinida de la conciliación extrajudicial ante jueces de paz letrado y de paz, según lo señalado por la Ley Nº 27398[242] Posteriormente, por la única disposición derogatoria del Decreto Legislativo Nº 1070 se derogó la totalidad del Capítulo VI de la Ley, lo que se tradujo en el incremento del potencial de mercado cautivo, el que tendrían que compartir únicamente con los centros de conciliación gratuitos que dependen del Ministerio de Justicia –tal cual lo especifica la primera disposición complementaria final del Reglamento de la Ley de Conciliación[243], por lo que en la práctica tenemos que desde junio de 2008 solamente contamos con conciliadores extrajudiciales que pueden desempeñar su función en un centro de conciliación privado o en los centros de conciliación gratuitos del Ministerio de Justicia.

Hay que tener en cuenta que el juez de paz es juez de conciliación, conforme a lo establecido en el derogado artículo 64 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[244], y que se encuentra regulado actualmente en la Ley Nº 29824, Ley de Justicia de Paz, que señala en su artículo I que **la Justicia de Paz es un órgano integrante del Poder Judicial cuyos operadores solucionan conflictos y controversias preferentemente mediante la conciliación, y también a través de decisiones de carácter jurisdiccional, conforme a los criterios propios de justicia de la comunidad y en el marco de la constitución Política del Perú**.

(242) Ley Nº 27398. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES
Tercera.- Conciliación ante los jueces de paz letrado. El derecho de optar a que se refiere el artículo 7 de la Ley de Conciliación queda en suspenso; en consecuencia, el proceso de conciliación ante los jueces de paz Letrado y de Paz solo podrá ponerse en vigencia una vez que se implementen los medios necesarios.

(243) Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS, Reglamento de la Ley de Conciliación.
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES
Primera.- El Minjus podrá, mediante Resolución Ministerial, crear y regular la actividad de los centros de conciliación Extrajudicial Gratuitos a nivel nacional, los mismos que podrán funcionar dentro de locales del Minjus y en aquellos que le sean cedidos por convenio con instituciones públicas o privadas, rigiéndose los mismos por la normatividad específica que para estos efectos apruebe el Minjus, y aplicándoseles supletoriamente la Ley y el presente Reglamento.

(244) Decreto Supremo Nº 017-93-JUS Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:
"Artículo 64.-Función conciliadora del jueces de paz.
El jueces de paz, esencialmente es juez de conciliación. Consecuentemente está facultado para proponer alternativas de solución a las partes a fin de facilitar la conciliación, pero le está prohibido imponer un acuerdo" (art. derogado por la séptima disposición final de la Ley Nº 29824).

El procedimiento regulado en la Ley N° 29824 señala que las demandas o denuncias interpuestas se tramitan sin formalidades (art. 22), que el juez de paz es eminentemente conciliador, o sea que es un facilitador para que las partes en forma autónoma y voluntaria puedan resolver sus desencuentros o disputas, estando prohibido de imponer acuerdos conciliatorios (art. 23), el juez cita a las partes a una audiencia única que puede realizarse en varias sesiones, en donde cada parte expone los hechos ocurridos y sus pruebas, invitando el juez a las partes a reflexionar sobre lo sucedido y a colocarse en la situación del otro e invitando a proponer posibles soluciones e incluso proponiendo él las soluciones al caso (art. 24), siendo que el acta de conciliación conteniendo los acuerdos que eventualmente se arriben tienen mérito de título de ejecución (art. 25).

Finalmente, no la Ley pero sí el derogado primer Reglamento de la Ley de conciliación, aprobado por Decreto supremo N° 001-98-JUS mencionaba una tercera clase de conciliadores, los denominados conciliadores en equidad, regulados en los artículos 61 al 75, y que se basaba en el aprovechamiento de las personas notables de un grupo o una comunidad, que, por el propio conocimiento que tienen de su entorno, pueden asistir con propiedad a la solución de los conflictos existentes en su grupo o comunidad, existiendo el aprovechamiento de ese notable para que ejerza función conciliadora de manera muy limitada al interior de su comunidad. Esta figura implicaba un acartonamiento de formas consuetudinarias de resolución de conflictos –que se encuentran ya reconocidas por el artículo 149 de la actual Constitución Política[245] y que permite que las comunidades campesinas y nativas de nuestro país administren justicia dentro de su ámbito territorial–, ya que se obligaba a dichos conciliadores a una serie de funciones como cumplir con los plazos y formalidades del procedimiento, dar fe de la autenticidad de los documentos presentados por el solicitante, llevar un registro de actas de conciliación, y esperar que un equipo itinerante de abogados verifique la legalidad de los acuerdos adoptados, caso contrario se les aplicaban las sanciones previstas en la Ley de Conciliación. Finalmente, la conciliación en equidad fue derogada por el artículo 3 del Decreto Supremo N° 016-2001-JUS.

(245) Constitución Política del Perú de 1993:
"Artículo 149.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial".

VII. PRINCIPIOS ÉTICOS

Si bien las normas de ética profesional, entendidas como los principios de orden moral que deben guiar la actuación de todo profesional, deben estar presentes en el ejercicio de cualquier profesión, ellas cobran especial importancia tratándose del desempeño de los conciliadores extrajudiciales.

Parafraseando a Branson, podemos decir que, de manera similar a lo que puede decirse dentro de un procedimiento arbitral, un procedimiento conciliatorio por sí solo no garantiza la neutralidad y la objetividad en el conocimiento y eventual apoyo para la resolución de las disputas si hay dudas acerca de la integridad de los conciliadores(246) sobre todo si tenemos en cuenta que aun siendo conciliadores seguimos siendo seres humanos, sujetos a sentir simpatías o antipatías por cualquiera de las partes. Así, cobra vital importancia el tema del respeto a las normas de ética profesional por parte de los conciliadores, ya que constituye un vehículo esencial para mantener la dignidad de los mismos y el prestigio de la institución conciliadora, como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Las normas éticas, entendidas como exigencias de comportamiento a que se encuentran sujetos los conciliadores descansan sobre dos principios esenciales, cuales son, el de la imparcialidad y el de la neutralidad. El maestro Piero Calamandrei, sostiene que **una de las virtudes, de las que más se honran en los jueces, es precisamente la imparcialidad, que se traduce en la facultad para resistir a las seducciones del sentimiento**(247).

En otras palabras, la imparcialidad implica que el conciliador debe actuar libre de cualquier inclinación subjetiva, a favor de una de las partes o en contra de ellas. Lo anterior, se traduce en guiar el procedimiento en forma justa. La imparcialidad es, en la esfera de lo emocional lo que la objetividad es en la órbita intelectual(248). Por su parte, los autores de lengua inglesa definen la imparcialidad como el actuar libre de presiones(249). Luego, el principio de neutralidad, también conocido como independencia, se traduce en que los conciliadores no pueden tener vínculos con las partes, o con las personas estrechamente vinculadas a estas o a la disputa, ya sean relaciones de carácter personal, social, económicas, financieras, o de cualquier naturaleza.

(246) BRANSON, David. "IBA Rules Of Ethics For International Arbitrators". En: *International Bussines*. Septembres 1987, Vol 3, Nº 1, p. 335.

(247) CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los jueces*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1980, p. LXVIII.

(248) GOLDSCHIMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso injusticia y verdad*. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 279.

(249) BRANSON, David. Ob. cit., p. 335

Se pueden tomar como referencia para nuestro desempeño como conciliadores, las normas que sobre el desempeño ético de los árbitros han brindado entidades como la International Bar Association, que constituyen dudas justificadas acerca de la independencia de un árbitro, si las relaciones entre este y una de las partes o un potencial importante testigo, son continuas y sustanciales, ya sea de tipo comercial, social o profesional[250]. Por su parte, la International Chamber of Commerce - I.C.C. establece que todo árbitro debe mantener la independencia con relación a las partes involucradas en el litigio sometido a su decisión. Normas similares están dadas por la American Arbitration Association (AAA) y por la Arbitration Rules of the United Nationes Commisiones on International Trade Law - UNCITRAL. Como consecuencia de los principios éticos indicados, surgen ciertos deberes éticos que, en el caso de los árbitros, han sido especialmente recogidos por los Códigos de Ética, tanto de la International Bar Association (I.B.A.) como por la American Arbitration Association (A.A.A.), que debieran ser igualmente recogidos y adecuados a nuestro desempeño como conciliadores, a saber:

1. **Deber de revelación**, que se traduce en que el conciliador debe informar desde el primer momento que le sea posible, acerca de cualquier situación, hecho o circunstancia que pueda colocar en duda su independencia e imparcialidad en relación a las partes; deber que es menester mantener durante todo el procedimiento conciliatorio, de manera tal que si surge alguna circunstancia posterior ella deberá ser igualmente revelada a las partes. En inglés este deber ético se conoce como "Duty of Disclosure", encontrándose especialmente regulado dentro de las reglas de ética para los árbitros internacionales, dadas por la International Bar Association. Al efecto, en estas se establece que el árbitro debe revelar a las partes cualquier relación comercial o social directa o indirecta que haya tenido o tenga con las partes o con una persona que vaya a ser un importante testigo del juicio.

2. **Deber de comunicación**, que se traduce en la obligación del árbitro de no comunicarse con una de las partes, o recibir informaciones o antecedentes que sirvan a la resolución de la controversia, en ausencia de la otra parte. Este deber ético se encuentra igualmente recogido por los Códigos de Etica de la I.B.A. como de la A.A.A., estableciendo este último algunas excepciones, relativas a cuando se trate de resolver cuestiones de procedimiento, o cuando ambas partes son citadas a una audiencia, y solo comparece una de ellas, o en el evento

(250) INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. "Rules of Ethics for International Arbitrators". En: *Arbitration International*, Vol. 3 N° 1, enero 1987, p. 336.

en que ambas partes autoricen que este tipo de comunicaciones se efectúen.

3. **Deber de diligencia**, que se traduce en la obligación del árbitro de emplear sus mejores esfuerzos para conducir el arbitraje en forma diligente, eficiente y en el menor tiempo posible, todo ello con el objeto de obtener una solución justa del conflicto. Esta norma ha sido recogida tanto por el Código de Ética de la IBA como de la A.A.A., estableciendo que el árbitro solo debe aceptar el cargo si puede darle el tiempo y la atención que las partes razonablemente esperan; y,

4. **Deber de confidencialidad**, que se traduce en que el árbitro no podrá utilizar las informaciones a que tuvo acceso durante el procedimiento arbitral para obtener ventajas personales o para favorecer o perjudicar a terceros. Esta obligación subsiste incluso una vez terminado el arbitraje. Si se trata de un tribunal arbitral colegiado, el árbitro debe mantener el sigilo acerca de las deliberaciones con los otros árbitros, que llevarán a la decisión final. Este deber se encuentra igualmente recogido, tanto por el Código de Ética de la I.B.A. como de la A.A.A.

En suma, del cumplimiento de los deberes éticos antes reseñados depende que los árbitros sean realmente imparciales, independientes, competentes, diligentes y discretos, lo que en último término significa preservar la credibilidad y mantener el prestigio, tanto de los árbitros como de la institución arbitral, para lograr que esta se siga desarrollando como uno de los mecanismos más adecuados de solución de conflictos en la vida comercial moderna.

En definitiva, la conciliación es una actividad con deberes y derechos éticos, ya que todos aquellos que participen en la conciliación deben comprometerse a respetar una serie de principios éticos contemplados en el ejercicio de la conciliación extrajudicial y que se encuentran enumerados en el artículo 2 de la ley y desarrollados en el artículo 2 del reglamento, como son la equidad, la veracidad, la buena fe, la confidencialidad, la imparcialidad, la neutralidad, la legalidad, la celeridad y la economía. Estos principios se constituyen en una especie de Código de Ética profesional de tipo deontológico, es decir, por el solo hecho de estar contenido en la ley de conciliación se hace de cumplimiento obligatorio los principios estipulados en ella. Su contenido, de manera referencial, es el siguiente.

1. Equidad

La equidad debe ser concebida como el sentido de la justicia aplicada al caso particular, materia de conciliación, según lo señala el literal a) del artículo 2 del Reglamento; claro está que el sentido de justicia que poseamos para cada caso concreto puede variar dependiendo del tipo de justicia del que hablemos, así, podríamos hablar de justicia distributiva (distribuir por igual o de acuerdo a las necesidades de cada cual), justicia conmutativa (retribuir un bien con otro equivalente), justicia social (dar y tratar a los hombres como personas iguales a nosotros, dando a cada quien lo que le corresponde como persona humana, con el propósito de una convivencia armoniosa), o justicia legal (que es aquella establecida por ley), aunque en realidad debemos tener presente siempre que la equidad será siempre el resultado o criterio para aplicar la justicia, no exclusivamente según la mera aplicación de la ley, sino con justicia moral, social, útil para la convivencia.

Por este principio de equidad el conciliador debe tratar que el acuerdo final que construyan las partes sea plenamente satisfactorio para ellas. La parte final del numeral 1 señala que el conciliador está obligado a generar condiciones de igualdad para que los conciliantes puedan lograr acuerdos mutuamente beneficiosos.

2. Veracidad

El literal b) 2 del artículo 2 del Reglamento señala que la veracidad está dirigida a la búsqueda de lo querido realmente por las partes y se refleja en el acuerdo conciliatorio al que llegarán de manera libre, como la mejor solución para ambas. Se establece además que el conciliador no alterará nunca el sentido o significado de los hechos, temas, intereses o acuerdos a que arriben estas en el procedimiento conciliatorio.

Este principio se refiere a que se deberá tratar de contar con información cierta sobre las causas y efectos del conflicto, buscando información fidedigna proporcionada por las partes, buscando que las partes se conduzcan con la verdad. El conciliador también debe ser veraz en lo referente a la información en el proceso conciliatorio y en lo referente a su rol y calificaciones; además, el conciliador debe observar este principio en el momento del discurso inicial, al proporcionar información cierta acerca del procedimiento conciliatorio; en la direccionalidad que está tomando el posible acuerdo y en la redacción del acuerdo conciliatorio, el cual debe recoger lo que las partes realmente quieren.

Aunque de tipo administrativo, añadiremos que la parte final del literal b) señala que los operadores del sistema conciliatorio deben remitir la

información veraz y auténtica cuando les sea requerida por el Ministerio de Justicia, lo cual ya se encuentra regulado como principio de presunción de veracidad en el artículo IV numeral 1.7 de la Ley N° 27444 por el cual se establece que en la tramitación de todo procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman, siendo que esta presunción admite prueba en contrario.

3. Buena fe

El literal c) del artículo 2 del Reglamento prescribe que la buena fe se entiende como la necesidad que las partes procedan de manera honesta y leal, confiando en que esa será la conducta en el procedimiento de conciliación. La buena fe es la actitud y comportamiento, buena voluntad de las partes en el proceso, que implica tener fe en la otra parte y en el conciliador; además de exigir que todos los que participan en la audiencia deben actuar sin dobleces y sin deseo de obtener otro resultado diferente al de llegar a un acuerdo. Por ejemplo, usar la audiencia conciliatoria para dilatar el ir a un juicio es actuar sin buena fe.

La segunda parte del literal c) establece una pauta procedimenal por la cual, cuando el conciliador tenga duda de la viabilidad de un acuerdo, tiene conocimiento o al menos un indicio de que está basado en información falsa o de mala fe, deberá recomendar a los conciliantes que se apoyen en expertos de la materia relacionada con dicho acuerdo antes de finalizarlo, cuidando que tal intervención no perjudique o entorpezca el procedimiento de conciliación o, en su caso, a alguno de los conciliantes.

4. Confidencialidad

Este principio se encuentra relacionado con el hecho de guardar secreto, como sucede con los casos de secreto profesional y secreto de confesión, por mencionar dos casos conocidos por todos; y en el caso de la conciliación se convierte en el principio ético más importante y su signo más distintivo. La confidencialidad supone que, tanto el conciliador como las partes, deben guardar absoluta reserva de todo lo sostenido o propuesto, según lo establecido por el artículo 2 literal d) del Reglamento de la Ley. Cuando la fórmula legal señala que esta información no debe ser revelada a persona ajena a las negociaciones, sin el consentimiento de quien proporcionó dicha información, debe asumirse que se refiere a la confidencialidad que resulta aplicable a la realización de las sesiones privadas o *caucus*.

Por su parte el artículo 8 de la Ley de Conciliación ordena que todos los que participan en la conciliación deben mantener reserva de lo actuado, siendo que todo lo sostenido o propuesto en ella carece de valor probatorio.

Por otro lado, el artículo 10 del Reglamento señala que con relación a la confidencialidad debe entenderse que todo lo sostenido o propuesto en la audiencia de conciliación carece de valor probatorio en cualquier proceso judicial o arbitraje que se promueva posteriormente, aun en aquellos que se originen en hechos distintos a los que dieron origen a la controversia materia de conciliación.

Agrega dicho artículo 10 que constituyen excepciones a la regla de la confidencialidad el conocimiento en la audiencia de conciliación de la inminente realización o la consumación de delitos que vulneren los derechos a la vida, el cuerpo, la salud, la libertad sexual u otros que por su trascendencia social no deben ser privilegiados con la confidencialidad y sean incompatibles con los objetivos y fines de la conciliación. En estos casos, aunque la ley no lo señala explícitamente, el conciliador debe poner el hecho en conocimiento de las autoridades pertinentes. Debemos tener en claro que solamente en el caso de estos delitos podremos exceptuarnos de seguir cumpliendo con el principio de confidencialidad, pero si nos encontramos frente al conocimiento de faltas y/o delitos poco relevantes socialmente, entonces la lógica nos lleva a afirmar que no estamos en la obligación de relevarnos del cumplimiento de la confidencialidad, pero en atención a que los delitos y las faltas no son conciliables, entonces tendremos que poner fin al procedimiento conciliatorio.

No se ha establecido qué sucede si el Conciliador omite dar dicho aviso. Pareciera que esta omisión lo llevaría a ser pasible de una pena por delito contra la función jurisdiccional (art. 407 Código Penal[(251)]). Este tema debe ser muy bien estudiado y dilucidado porque el principio de la confidencialidad es uno de los pilares fundamentales de la institución de la conciliación extrajudicial algunas personas podrían desconfiar de ella.

Por otro lado, el sistema de *numerus apertus* establecido para determinar los **otros** delitos que por su naturaleza son susceptibles de ser denunciados por el conciliador en excepción de la regla de confidencialidad se presenta

(251) Código Penal peruano:
Artículo 407.- El que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.
Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en la ley pena privativa de libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

como una fuerte barrera a ser subsanada mediante labores de interpretación, siendo labor fundamental del Ministerio coordinar con el Congreso a efectos que señale de manera fehaciente cual es el sentido de la norma mediante una interpretación estricta de aquella. Consideramos que el sistema de númerus clausus es el ideal, ya que el sistema de *numerus apertus* deja varias materias a la consideración de cada caso particular y si tomamos en cuenta que la mayoría de conciliadores no son abogados, entonces el problema va a ser muy complicado al intentar entender cuáles son las materias que se encuentran subsumidas dentro del concepto de materias conciliables.

Se establece en el artículo 10 del Reglamento como una excepción adicional al principio de confidencialidad cuando una de las partes exprese por escrito su consentimiento. Acá existiría una confusión, pues si concordamos esta disposición legal con lo señalado en el último párrafo del artículo 16 de la Ley de Conciliación, se establece expresamente que **el acta no podrá contener las posiciones y las propuestas de las partes o del conciliador, salvo que ambas lo autoricen expresamente**. Así, en estos casos se debería emplear en la elaboración del acta de conciliación el **Formato I** o el **Formato L** y que son los únicos supuestos en los que un acta podría contener las posiciones o propuestas y que se configuran en excepciones a la aplicación de la regla de la confidencialidad que caracteriza a la realización de la audiencia de conciliación, pero que para su implementación requiere de la autorización expresa no de una sino de ambas partes.

El artículo 10 del Reglamento continúa diciendo que si el conciliador viola el principio de confidencialidad, la responsabilidad del centro de conciliación se rige sistemáticamente, por lo dispuesto en el artículo 1325 del Código Civil[252]. Todo pacto que exima de responsabilidad al centro de conciliación, en ese sentido, es nulo. El mencionado artículo, referente a la responsabilidad en obligaciones ejecutadas por terceros, indica que el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de estos, salvo pacto en contrario. También dice el Reglamento que si el conciliador viola el principio de confidencialidad estará sujeto a sanciones administrativas que van hasta la inhabilitación permanente, sin perjuicio de la responsabilidad civil.

(252) Código Civil peruano:
"Artículo 1325.- El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de estos, salvo pacto en contrario."



GRÁFICO
ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD



Es conveniente comentar que el principio de confidencialidad es de gran importancia y debe ser rigurosamente observado, porque es una de las bases fundamentales para que la conciliación sea de aceptación y uso generalizado. La confidencialidad, en primer lugar, se refiere a la información recibida por un conciliador en las sesiones conjuntas y por extensión se entiende que también abarca a la sesión privada o *caucus*. Estos dos tipos de reuniones son confidenciales. La información recibida en sesión por separado solo podrá ser revelado en sesión conjunta si la parte así lo autoriza, para lo cual la técnica empleada durante el desarrollo de estas sesiones privadas debe contener la confirmación del alcance de la confidencialidad de estas sesiones, preguntando a la parte acerca de que parte de lo dicho podría ser usado eventualmente en la sesión conjunta.

Por otro lado, como se estila en el procedimiento de mediación realizado ante la Cámara de Comercio de Santiago de Chile, sería recomendable que al comienzo del proceso de conciliación extrajudicial las partes firmen un acta en que se comprometan a no revelar lo que conozcan durante la audiencia[253].

(253) Reglamento Procesal de Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago:
"Artículo 11.- Antes de iniciar la primera sesión de mediación, las partes firmarán ante el Centro una declaración de compromiso (...) En la primera sesión que el mediador celebre con las partes, se considerará iniciado el proceso de mediación. En ella el mediador entregará a las partes información acerca del proceso de mediación y procederá a presentarles el convenio de confidencialidad para su firma (...)".

5. Imparcialidad y neutralidad

Según el literales e) del artículo 2 del Reglamento, por el principio de imparcialidad el conciliador no debe identificarse con los intereses de las partes, teniendo el deber de colaborar con los participantes sin imponer propuesta de solución alguna, sin discriminar a las personas ni realizar diferencias. El literal f) se refiere al principio de neutralidad obligando al conciliador a abstenerse de conocer los casos en los que participan personas vinculadas a él o a su entorno familiar, al personal del centro de conciliación o en los que participen conciliantes con los cuales lo vinculen parentesco, salvo que las partes soliciten expresamente su intervención (como podría ocurrir en el caso de una solicitud de conciliación formulada de manera conjunta).

La imparcialidad es la cualidad por la cual el conciliador debe mantenerse sin favoritismos ni prejuicios con relación a las partes, es decir, es un estado mental para mantener una postura libre de prejuicios o favoritismos, con el compromiso de ayudar a ambas partes, y que se ve reflejado en el comportamiento del conciliador durante el desarrollo de la audiencia.

La neutralidad, por el contrario, es la inexistencia de algún vínculo preexistente entre el conciliador y alguna de las partes que afecte la debida neutralidad. En este caso el conciliador debe apartarse del caso, salvo que existiendo este impedimento ambas partes soliciten su intervención.

6. Legalidad

El literal g) del artículo 2 del Reglamento refiriéndose al principio de legalidad textualmente dice que **la actividad conciliatoria se enmarca dentro de lo establecido en la Ley y Reglamento, en concordancia con el ordenamiento jurídico.**

Debió preferirse la redacción original del principio de legalidad, concebida como **la conformidad del acuerdo conciliatorio al que arriben las partes, con el ordenamiento jurídico.** Recordemos que los conciliadores no necesariamente son abogados, por lo tanto, esta función no es de aplicación amplia. Además, son las partes las que se van a dar su propia solución, en ejercicio de su libertad, y en este caso los términos del acuerdo no se construyen con criterios estrictamente legales, sino que la ley –debe entenderse la ley imperativa– sirve de límite a la libertad que tienen los sujetos para crear sus propias soluciones. Para este efecto los centros de conciliación deben contar con un abogado que certifique que el acuerdo a que se haya llegado no vulnera ningún dispositivo legal o norma imperativa, pudiendo dejarse de lado normas de derecho dispositivo.

En los casos en que el conciliador no sea abogado y para evitar que el acuerdo al que se llegue pueda prescindir del derecho o la ley imperativa aplicable, entonces el conciliador deberá tener la opinión favorable del abogado del centro de conciliación, quien verificará la legalidad del acuerdo conciliatorio antes de su redacción final en el acta. Si el conciliador fuera abogado entonces ejercerá doble función: la de conciliador y la de supervisor de la legalidad de los acuerdos.

7. Celeridad y economía

La celeridad es consustancial al procedimiento de conciliación, y según lo señalado por el literal h) del artículo 2 del Reglamento la función conciliatoria debe ejercerse permitiendo a las partes la solución pronta y rápida de su conflicto.

En tanto que la economía está dirigida a que las partes eliminen el tiempo y los costos que les demandaría estar involucradas en un proceso judicial, ahorrando los costos de dicho proceso, según la definición legal contenida en el literal i) del artículo 2 del Reglamento.

Se discute la calidad de principios ético de estos principios, ya que en realidad serían principios procesales que se configuran en características principales de los medios alternativos de resolución de conflictos, que tienden a evitar la dilatación del tiempo que llevaría adoptar un acuerdo, llegando a él en el menor número de pasos procesales, con el consiguiente ahorro de tiempo y dinero, por lo que deben tenerse presentes por el conciliador y las partes.

8. Empoderamiento o simetría de poder

Hay un principio que no ha sido mencionado en la ley ni el Reglamento que es el de simetría de poder. Se le conoce también como el principio de empoderamiento que viene de la castellanización de la palabra inglesa *empowerment*. *Empower* en inglés quiere decir dar poder o autoridad a alguien, autorizar, permitir; el nombre o sustantivo es *empowerment* que vendría a ser **apoderar a alguien**. Por este principio en la circunstancia en la que una parte necesite información adicional o asistencia con el fin de promover negociaciones justas o un acuerdo justo, equitativo y duradero, el conciliador está obligado a enviar a las partes a los agentes de ayuda –información, instituciones o personas– que puedan facilitar el proceso, con el fin de conferir igualdad de poder a las partes. Recordemos que solamente en una negociación ideal ambas partes poseerán igual cantidad de poder, pero en la realidad, este poder se encuentra en cantidades desiguales, siendo que el conciliador tratará de igualar a las partes en lo que respecta a su nivel de poder.

El caso es que una parte puede, por diversos motivos, tener más poder que la otra. El conciliador debe obrar de forma que esa diferencia de poder no se traduzca en un acuerdo desventajoso para una de las partes. El conciliador puede actuar así, pero teniendo sumo cuidado de no vulnerar el principio de imparcialidad o dar la impresión que lo está violando.

CAPÍTULO XIII

RÉGIMEN DE SANCIONES PARA CONCILIADORES Y CENTROS DE CONCILIACIÓN



CAPÍTULO XIII

RÉGIMEN DE SANCIONES PARA CONCILIADORES Y CENTROS DE CONCILIACIÓN

"Pasajero, ve a Esparta y di que yacemos aquí por obedecer sus leyes".

Simónides
(Recordando a Leónidas I y su sacrificio
en el Paso de las Termópilas)

I. ANTECEDENTES

La redacción original del artículo 26 de la Ley de Conciliación establecía que el Ministerio de Justicia tenía a su cargo la autorización de funcionamiento, registro y su pervisión de los centros de conciliación, pudiendo suspender o privar de su facultad conciliadora, cuando estos no cumplan con los principios u objetivos legales previstos en la ley, o cuando incurran en faltas éticas. Posteriormente, por Ley Nº 28163 de enero de 2004 se modificó dicho artículo incorporando a los centros de formación y capacitación de conciliadores.

Recordemos que, inicialmente, el derogado primer Reglamento de la Ley de Conciliación (aprobado por Decreto Supremo Nº 001-98-JUS) señalaba que los conciliadores estaban sujetos a amonestación escrita, multa, suspensión de uno a seis meses o inhabilitación permanente, según la gravedad de su falta o la reiteración en la misma[254]. Con respecto a los centros de conciliación, señalaba que estos podían recibir una multa, suspensión de un mes

(254) Decreto Supremo Nº 001-98-JUS, Reglamento de la Ley de Conciliación (derogado):
"Artículo 41.- El conciliador que incumpla con las obligaciones que le asigna la Ley y el Reglamento será sancionado, según la gravedad de su falta y sus antecedentes, con amonestación escrita, multa, suspensión de uno a seis meses o inhabilitación permanente para desempeñarse como conciliador.
El centro de conciliación, bajo responsabilidad, tiene la obligación de comunicar inmediatamente la falta del conciliador al Ministerio de Justicia, encargado de imponer la sanción".

a un año o desautorización de funcionamiento[255]. Los artículos 48 y 87[256] de dicho Reglamento establecían la competencia del Ministerio de Justicia en lo que respecta a la supervisión y sanción de conciliadores, capacitadores, centros de conciliación y centros de formación y capacitación de conciliadores, que incumplan sus obligaciones y contravengan las normas establecidas en la normativa sobre conciliación.

Complementando lo señalado en el primer Reglamento de la Ley, por Resolución Ministerial N° 174-98-JUS, de 12 de agosto de 1998, se aprobó el Reglamento de Sanciones a Conciliadores y centros de conciliación. Posteriormente, mediante Resolución Ministerial N° 099-2002-JUS publicada en el diario oficial el 21 de marzo de 2002, se aprobó el **Reglamento de Supervisión de Conciliadores, Capacitadores, centros de conciliación y centros de formación y Capacitación de Conciliadores**, que tenía por objeto regular el procedimiento a seguir para la supervisión respectiva a cargo de la Secretaría Técnica de Conciliación del Ministerio de Justicia. Se establecía que el control de la labor de los supervisores de la Secretaría Técnica de Conciliación estará a cargo del subdirector de supervisión y control de centros de conciliación, quien recibía las actas de supervisión y los informes elaborados por los supervisores y recomendaba las acciones del caso.

(255) Decreto Supremo N° 001-98-JUS, Reglamento de la Ley de Conciliación (derogado):
"Artículo 53.- El centro de conciliación que incumpla con las obligaciones que le asigna la Ley y el Reglamento será sancionado, según la gravedad de su falta, con multa, suspensión de un mes a un año o desautorización de funcionamiento. Las sanciones serán impuestas por el Ministerio de Justicia, con arreglo al Reglamento de Sanciones a Conciliadores y centros de conciliación, que deberá aprobarse por Resolución Ministerial".

(256) Decreto Supremo N° 001-98-JUS, Reglamento de la Ley de Conciliación (derogado):
"Artículo 48.- El Ministerio de Justicia dispondrá la supervisión de los centros de conciliación. Para este efecto podrá efectuar inspecciones en el Centro sin previo aviso. Dicha supervisión estará dirigida a velar por el cumplimiento de lo dispuesto por la Ley y el presente Reglamento, y a constatar, principalmente:
1. El desarrollo de los procedimientos de conciliación de acuerdo a la Ley y el presente Reglamento;
2. La observancia de los plazos señalados por la Ley y el presente Reglamento;
3. El cumplimiento del deber de capacitación permanente de los conciliadores;
4. La aplicación de los principios señalados en el artículo 2 de la Ley; debiéndose considerar como falta ética la no observancia de estos principios;
5. La revisión del archivo de actas para verificar que esté siendo llevado correctamente.
El centro de Conciliación deberá brindar todas las facilidades del caso al supervisor, quien podrá estar presente en las Audiencias de Conciliación, cuando las partes lo autoricen expresamente. El supervisor está sujeto a la obligación de confidencialidad y a respetar los principios de conciliación que correspondan(*).
(*)Texto vigente del Párrafo, conforme a la modificación establecida por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 006-98-JUS, publicado el 09/08/1998.
Artículo 87.- El Ministerio de Justicia sin previo aviso, podrá disponer la supervisión de un Centro de Formación y Capacitación o de los cursos o evaluaciones autorizados por la Secretaría Técnica de Conciliación a efectos de comprobar el programa, metodología, objetivos del curso y cualquier otro aspecto relacionado a los mismos. Asimismo, podrá sancionar a los centros de formación y Capacitación de Conciliadores, y a los capacitadores que incumplan los compromisos y las normas estipuladas en la normativa sobre conciliación extrajudicial.

Con fecha 28 de julio de 2001 se publicó en el diario oficial la Resolución Ministerial N° 245-2001-JUS, por medio de la cual se aprobó el nuevo Reglamento de sanciones a conciliadores, centros de conciliación, capacitadores y centros de formación y capacitación de conciliadores, que entró en vigencia desde el 29 de julio de ese mismo año.

Este cuerpo legal fue dado durante la vigencia del texto único de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos aprobado por Decreto Supremo N° 02-94-JUS, norma que fue derogada con la promulgación de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el día 11 de abril de 2001, y que entró en vigencia el 12 de octubre de 2001 que establece en su artículo 230 los principios de la potestad sancionadora administrativa, entre los que figuran los de legalidad y tipicidad, esto es, que solo constituyen conductas sancionables administrativamente, las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitirse interpretación extensiva u analogía; pudiendo las disposiciones reglamentarias de desarrollo especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo en los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

El hecho concreto fue que, con la promulgación de la Ley N° 27444, y en una evidente situación de colisión de normas de diferente jerarquía, devinieron en ilegales las disposiciones del Reglamento de sanciones a conciliadores, centros de conciliación, capacitadores y centros de formación y capacitación, relativas a la sanción administrativa de los conciliadores y capacitadores, así como a la aplicación de la sanción de multa a los centros de conciliación y de formación de capacitadores, por no estar expresamente comprendidas dentro de la potestad sancionadora del Ministerio de Justicia establecida en los artículos 25 y 26 de la Ley de Conciliación.

Por esta razón, con fecha 13 de setiembre de 2002, se publicó en el diario oficial la Resolución Ministerial N° 314-2002-JUS, por medio de la cual se procedió a derogar del Reglamento de sanciones los siguientes Títulos, Capítulos y artículos:

- El artículo 7, numeral 1 (sanciones a los conciliadores).
- El artículo 7, numeral 2, inciso a) (sanción de multa a los centros de conciliación, con la consiguiente derogación tácita del Capítulo I del Título III, referente a la sanción de multa a los centros de conciliación).

- El artículo 7, numeral 3 (sanciones a los capacitadores).
- El artículo 7, numeral 4, inciso a) (sanción de multa a los centros de formación y capacitación).
- El Título II "De las sanciones a los conciliadores".
- El Título IV "De las sanciones a los capacitadores".
- El Capítulo I del Título V "De las sanciones a los centros de formación y capacitación" (sobre la sanción de multa a los centros de formación y capacitación).

II. BASE LEGAL

El texto vigente del artículo 26 de la Ley de Conciliación establece que el Ministerio de Justicia tiene a su cargo la acreditación, registro, autorización, renovación, habilitación, supervisión y sanción de los operadores del sistema conciliatorio, precisando que la forma como serán ejercidas estas facultades serán especificadas en el Reglamento.

En este mismo sentido, el Reglamento de la Ley de Conciliación precisa en su Título IV (arts. 88 al 103) todo lo referente a la **supervisión a los operadores del sistema conciliatorio**, y en el Título V (arts. 104 al 148) el régimen **de las infracciones y sanciones a los operadores del sistema conciliatorio**. Este régimen fue establecido a partir de 2008 con ocasión de la dación del vigente Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS y venía a complementar las modificaciones establecidas por el Decreto Legislativo Nº 1070. Debe entenderse que todo el marco normativo previo a la entrada en vigencia del Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS ha sido derogado de manera tácita en mérito a su segunda disposición complementaria derogatoria que señala expresamente **deróguese las normas de inferior jerarquía que se opongan a las disposiciones contenidas en el presente Reglamento**.

Comentario adicional merece el hecho de que actualmente nos encontramos frente a un extenso sumario de conductas sancionables en sede administrativa y a una labor de supervisión efectuada en demasía por el ente rector que se convierte en un factor que desincentiva la labor de los operadores en el ámbito privado al establecer una serie de potestades y facultades de supervisión en extremo, llegando a considerarse casi como la finalidad principal de la actividad la persecución de supuestas actividades ilícitas de los operadores, descuidando la labor principal que debería ser la promoción y difusión de las ventajas y bondades de la conciliación extrajudicial a fin de lograr su plena institucionalización.

III. ENTIDAD COMPETENTE

Si bien es cierto que tanto la Ley de Conciliación como su Reglamento mencionan que las funciones de acreditación, registro, autorización, renovación, habilitación, supervisión y sanción de los operadores del sistema conciliatorio corresponden al Ministerio de Justicia, lo correcto es que al interior de este ministerio existe toda una estructura jerárquica y que se encuentra estipulada en el vigente Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Ministerio de Justicia, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2012-JUS.

El artículo 108 del ROF señala que la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (DCMA) se encarga de ejecutar la función de conciliación extrajudicial, arbitraje popular y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, a nivel nacional y de acuerdo a sus competencias. Asimismo, el artículo 109 precisa que son algunas funciones de la DCMA supervisar a los operadores de la conciliación extrajudicial a nivel nacional y sancionarlos por el incumplimiento de sus obligaciones (literal e), así como conocer en primera instancia el procedimiento sancionador iniciado contra los operadores de la conciliación extrajudicial (literal n).

De acuerdo al organigrama del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (DCMA) es una unidad orgánica que depende jerárquicamente de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia (DGDP) que de acuerdo al artículo 101 del ROF es el órgano de línea encargado de conducir regular, promover, coordinar y supervisar el servicio de defensa pública; la conciliación extrajudicial; y promover y difundir el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos, garantizando el acceso a la justicia y el derecho de defensa de todas las personas, dependiendo jerárquicamente del Despacho Viceministerial de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia.

Conforme lo señalado en el artículo 124 del Reglamento, el Ministerio de Justicia ejerce su potestad sancionadora a través de la DCMA, la que constituye la primera instancia administrativa. Dicho artículo señala que la Dirección Nacional de Justicia (DNJ) constituye la segunda y última instancia administrativa, con la cual se agota la vía administrativa correspondiente. Al haber variado la estructura orgánica del Ministerio de Justicia, la segunda instancia ya no es la DNJ sino la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia (DGDP).

De acuerdo al artículo 112 del ROF, las direcciones distritales de defensa pública también ejercen la conducción y representación de los centros de

conciliación del Minjus, con lo cual tenemos que, jerárquicamente, son los superiores inmediatos de los conciliadores extrajudiciales que laboran en los centros de conciliación del Minjus.

GRÁFICO
UBICACIÓN DE LA DCMA EN LA DGDP

IV. LOS OPERADORES DEL SISTEMA CONCILIATORIO

De acuerdo a lo señalado en el artículo 19-A de la Ley de Conciliación, son operadores del sistema conciliatorio:

a) Los conciliadores extrajudiciales así como los especializados.

b) Los capacitadores, tanto principales como especializados.

c) Los centros de conciliación extrajudicial.

d) Los centros de formación y capacitación de conciliadores.

El Ministerio de Justicia tiene a su cargo los Registros Nacionales Únicos por operador del sistema conciliatorio

V. ACERCA DEL PROCEDIMIENTO DE SUPERVISIÓN

Según lo señalado en el artículo 88 del Reglamento, la supervisión es una función del Minjus que se ejerce a través de la DCMA, en ejercicio de su

facultad fiscalizadora que tiene por objeto velar por el cumplimiento de las disposiciones legales en materia de conciliación, a fin de salvaguardar y fortalecer la institucionalización, funcionamiento y desarrollo de este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Por su parte, el artículo 89 del Reglamento prescribe que el Ministerio de Justicia, a través de la DCMA, sin previo aviso, podrá disponer la supervisión de los operadores del sistema conciliatorio a nivel nacional, en el ejercicio de sus funciones, siendo que esta supervisión es desarrollada por los supervisores, verificadores legales o auxiliares de supervisión; a los que el reglamento denomina de manera general como supervisores.

Según el artículo 91 del Reglamento, el ejercicio de la supervisión se basa en los principios de observancia del debido procedimiento, de economía, celeridad y legalidad, y de modo general con base en los principios éticos de la conciliación contenidos en el artículo 2 de la Ley.

1. El procedimiento de supervisión

El artículo 92 del Reglamento establece que los supervisores seguirán el siguiente procedimiento de supervisión:

1. Se constituirán al local donde se encuentren prestando servicios los operadores del sistema conciliatorio, realizándose la audiencia de conciliación o dictándose el curso de formación y capacitación.
2. Procederán a identificarse ante el representante del centro de conciliación o centro de formación y capacitación de conciliadores supervisado o, en ausencia de este, ante la persona o servidor que estuviera presente, con quien se entenderá la realización de la supervisión.
3. Desarrollarán la supervisión de conformidad con lo establecido en los formatos de actas de supervisión aprobados por el Ministerio de Justicia.
4. Concluida la diligencia, el supervisor levantará el acta respectiva y dejará copia de la misma al supervisado.

El artículo 93 del Reglamento establece que el acta de supervisión es el documento donde se registran las constataciones, verificaciones objetivas, manifestaciones del supervisado con quien se realiza la supervisión, de terceros y otros actuados de la diligencia de supervisión. El contenido de dichas actas, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 94 del Reglamento, es el siguiente:

1. Lugar y fecha.
2. Nombre del supervisor y su número de documento nacional de identidad.
3. Hora de inicio y de conclusión de la diligencia.
4. La identificación de la persona con quien se realiza la supervisión.
5. Los hechos materia de verificación y/o constatación.
6. La descripción de los incumplimientos advertidos.
7. Las medidas correctivas y/o sugerencias que se dispongan, de ser el caso.
8. Las manifestaciones u observaciones de la persona con quien se realiza la supervisión o de terceros intervinientes, de ser el caso.
9. La firma y huella digital de la persona con quien se lleva a cabo la diligencia de supervisión. En caso se negara a firmar o si se levanta el acta en ejercicio de apercibimiento expreso, el supervisor dejará constancia de ello, sin que esto afecte la validez del acta.
10. De ser el caso, se recabará la firma y huella digital del tercero. En caso se negara a firmar y/o poner su huella digital se tendrá por no interviniente.
11. El acta de supervisión también consignará cualquier hecho o situación que el supervisor considere pertinente con motivo de la realización de la diligencia de supervisión, para conocimiento de la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Medios Alternativos de Solución de Conflictos.
12. Firma y huella digital del supervisor.

El acta de supervisión, extendida cumpliendo las formalidades descritas en los incisos de este artículo, tiene pleno valor probatorio en los procesos administrativos y produce fe respecto a los hechos y circunstancias constatadas y/o verificadas por el supervisor, precisándose que constituye instrumento público.

2. Facultades de los supervisores

Según el artículo 96 del Reglamento, los supervisores están facultados para:

1. Ingresar sin impedimento alguno y sin aviso previo a los centros de conciliación, centros de formación y capacitación de conciliadores, y cursos de formación y capacitación de conciliadores en todas sus fases.

2. Estar presentes en la audiencia de conciliación, previa autorización expresa de las partes.

3. Entrevistar al personal de los centros de conciliación y centros de formación y capacitación de conciliadores y público en general, de ser necesario, con relación a hechos o situaciones materia de supervisión.

4. Requerir la exhibición, para examinar *in situ* los archivos, libros, registros, expedientes, legajos personales, listas de asistencias de participantes a los cursos y toda documentación necesaria, para la verificación del cumplimiento de las obligaciones que recaen sobre los supervisados, aun cuando ya hubieran sido objeto de una supervisión anterior. El supervisor está facultado para solicitar y obtener copias o extractos de estos documentos y utilizar cualquier medio tecnológico existente, ya sea grabaciones, filmaciones, fotografías u otros instrumentos que recoja la información requerida.

5. Requerir y proceder a la colocación de tarifarios, avisos y otros documentos e información de interés para los usuarios.

6. Exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la normativa sobre conciliación, o de los compromisos asumidos por los supervisados.

7. Disponer medidas de aplicación inmediata, que permitan corregir la trasgresión de las normas sobre conciliación, o que ocasionen perjuicios actuales o inminentes a los usuarios, con cargo de dar cuenta inmediata a la DCMA.

8. Advertir la omisión en el acta de conciliación de algunos requisitos que establece el artículo 16 de la Ley, a efectos de que se procedan a su rectificación.

9. Registrar en el Libro de Registros de Actas de Conciliación las fechas de supervisión y la firma del supervisor en cada visita de supervisión que se realice al centro de conciliación, así como tachar los espacios en blanco si lo hubiere en el citado registro.

10. En los casos de centros de conciliación que se encuentren suspendidos, como resultado de un procedimiento sancionador, se procederá

a realizar la anotación del caso en el libro de Registro de Actas, sobre el último procedimiento conciliatorio registrado y/o tramitado, señalándose el periodo de suspensión.

11. En los casos de centros de conciliación que hubieren sido desautorizados como resultado de procedimiento sancionador, serán materia de supervisión en tanto no hagan entrega al Minjus de la totalidad del acervo documentario con la que cuentan.

12. Las facultades expresadas en el presente artículo son de carácter enunciativo y no limitativo. En ese sentido el supervisor está facultado para adoptar las medidas que faciliten y aseguren que la supervisión se lleve a cabo con arreglo a los principios de la Ley y su reglamento; así como de ser el caso adopten las medidas preventivas que eviten grave perjuicio a los conciliantes y al sistema conciliatorio.

3. Obligaciones de los supervisores

Según el artículo 97 del Reglamento, los supervisores están obligados a:

1. Efectuar las supervisiones que le sean encomendadas, con probidad, objetividad, imparcialidad y confidencialidad.
2. Identificarse ante los supervisados, con la presentación de la credencial oficial extendida por la DCMA.
3. Guardar estricta reserva y confidencialidad sobre la información recogida de los archivos, libros, registros, expedientes, legajos personales, documentación institucional y casos de conciliación a los que tenga acceso en el ejercicio de sus funciones.
4. Presentar informes mensuales sobre el resultado del ejercicio de sus funciones. En los casos en que se detecten posibles infracciones a la normativa de conciliación, se realizará el informe respectivo poniendo en conocimiento de los hechos advertidos al director de la DCMA, para los fines pertinentes.
5. Dar cuenta del acta de supervisión al director de la DCMA, una vez concluida la supervisión encomendada como parte de un procedimiento sancionador.
6. Informar a la DCMA, en caso de detectarse vacíos o deficiencias de la normativa sobre conciliación.

7. Abstenerse de efectuar supervisiones en las cuales tengan interés directo o indirecto, o cuando medie parentesco de consanguinidad hasta el cuarto grado o el segundo grado de afinidad con relación a los capacitadores o servidores del centro de conciliación o centro de formación y capacitación de conciliadores, o de la persona jurídica de Derecho Público o privado que los promueva, quedando obligados a comunicar este hecho a la DCMA.

8. Realizar labor preventiva y pedagógica cuando corresponda.

9. Rechazar de plano ofrecimientos de cualquier naturaleza de parte de los operadores supervisados, tendientes a tergiversar o evitar la labor de supervisión, quedando obligados a comunicar este hecho a la DCMA.

10. Otras determinadas por la normativa sobre conciliación o que sean dispuestas por la DCMA.

Concluida la supervisión, el Supervisor levanta el Acta respectiva. De existir incumplimiento de la normativa sobre conciliación, se dispondrá las medidas correctivas necesarias las que podrán ser de aplicación inmediata o sujeta a plazo. De ser necesario, se efectuará una nueva supervisión para verificar el cumplimiento de las medidas correctivas dispuestas. La subsanación de los incumplimientos detectados no impide la apertura del procedimiento sancionador y la aplicación de sanciones, de ser el caso.

4. De la obstrucción o abandono de la diligencia de supervisión

Según lo prescrito en el artículo 102 del Reglamento, constituye obstrucción a la supervisión, la negativa o impedimento por parte de los supervisados a la realización de la supervisión en un centro de conciliación, centro de formación y capacitación de conciliadores, curso de formación y capacitación de conciliadores, efectuado por su representante legal, sus asociados, directivos, conciliadores, abogados, capacitadores, dependientes, servidores y otros que tengan relación de cualquier tipo.

La obstrucción puede ser directa o indirecta. Es directa cuando perjudica, entorpece o dilata la labor del supervisor, de manera tal que no permita la realización de la diligencia de supervisión. Es indirecta cuando se le niega al supervisor el apoyo necesario o cuando el centro de conciliación no se encuentra atendiendo al público en el horario autorizado.

El abandono de la diligencia de supervisión se produce cuando la persona con quien se entendía la diligencia, deja el lugar de la diligencia, imposibilitando la suscripción del acta.

VI. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

El artículo 103 del Reglamento señala que en caso que los incumplimientos detectados constituyeran faltas pasibles de sanción de acuerdo a la Ley y el Reglamento se emitirá el informe respectivo y se derivará a la Subdirección de Autorizaciones y Control de la Conciliación Extrajudicial del Minjus para la calificación respectiva y el inicio del procedimiento sancionador a que hubiera lugar.

Por su parte, el artículo 109 del Reglamento señala que son sujetos pasibles de sanción: los conciliadores, los capacitadores, los centros de conciliación y los centros de formación y capacitación de conciliadores, en el ejercicio de su función. En esta parte del trabajo nos referiremos exclusivamente a las sanciones que se aplican a los conciliadores extrajudiciales y a los centros de conciliación, remitiendo a la lectura del Reglamento para los demás casos de sanción.

1. Principios de la potestad sancionadora

Según el artículo 106 del Reglamento, la potestad sancionadora del Ministerio de Justicia se ejerce tomando en cuenta la naturaleza, finalidad, trascendencia social y jurídica de la función conciliadora, y se rige por los siguientes principios:

a) **Legalidad.-** Solo por norma con rango de Ley puede determinarse las conductas que constituyen infracción y la sanción aplicable.

b) **Debido procedimiento.-** Las sanciones se aplican sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

c) **Razonabilidad.-** La comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas o con la sanción a imponerse. Asimismo, la determinación de la sanción debe ser proporcional al incumplimiento calificado como infracción, tomar en cuenta la responsabilidad directa o indirecta, considerar la existencia o no de la intencionalidad, el daño causado a la institución de la conciliación, el perjuicio causado a las partes y/o a terceros, el beneficio ilegalmente obtenido, las circunstancias de la comisión de la infracción y la reiteración de la misma.

d) **Tipicidad.-** Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas en norma con rango de Ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden

especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables previstas legalmente, salvo los casos en que la Ley permita tipificar por vía reglamentaria.

e) **Irretroactividad.-** Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

f) **Concurso de infracciones.-** Cuando una misma conducta califique más de una infracción, se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

g) **Continuación de infracciones.-** Para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que haya transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber requerido al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo. En estos casos, se remitirá una comunicación escrita al operador del sistema conciliatorio a fin de que este acredite en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles que la infracción ha cesado dentro del periodo indicado en el párrafo anterior. Una vez vencido el plazo otorgado para los descargos sin que el operador de la conciliación acredite el cese de la infracción, se procederá a imponer una nueva sanción.

h) **Causalidad.-** La responsabilidad debe recaer en quien directa o indirectamente incurre por acción u omisión en la comisión de la infracción sancionable.

i) **Presunción de licitud.-** Se debe presumir que los administrados han actuado de acuerdo a sus deberes, en tanto no se cuente con evidencia en contrario.

j) ***Non bis in idem*.-** Nadie puede ser procesado ni sancionado dos veces por el mismo hecho.

2. Definición de infracción y sanción

Según el artículo 107 del Reglamento, constituye **infracción** toda acción u omisión al cumplimiento de la Ley y su Reglamento por parte de los operadores de la conciliación en el ejercicio de sus funciones y de las obligaciones asumidas ante el Minjus.

Por su parte, el artículo 108 señala que constituye **sanción** la pena que se impone por la comisión de una infracción. El cumplimiento de la sanción por parte del infractor no supone la convalidación de la infracción cometida, debiendo, por tanto, el infractor subsanar la situación irregular que la originó.

3. Del inicio del procedimiento sancionador

El artículo 127 del Reglamento señala que el procedimiento sancionador se puede iniciar:

a) De oficio, como consecuencia de una visita de supervisión.

b) Por orden superior.

c) Por petición motivada de otras instituciones.

d) Por denuncia de persona natural o jurídica legitimada.

Conforme al artículo 128 del Reglamento, toda denuncia se presenta por escrito y por duplicado, y deberá contener:

a) Nombre o denominación, número de documento de identidad o Registro Único de Contribuyente, domicilio real y procesal del denunciante.

b) Nombre o denominación del denunciado si fuere de su conocimiento.

c) Los medios probatorios que sustentan la denuncia.

d) Exposición de los hechos en que se fundamenta la denuncia, en forma precisa, con orden y claridad.

e) Firma del denunciante.

Además, la denuncia deberá estar acompañada de los siguientes documentos:

- Copia del documento nacional de identidad o del Registro Único de Contribuyente del denunciante.

- Copia del instrumento que acredite la personería del representante legal del denunciante, de ser el caso.

- Copias certificadas por el fedatario del Minjus o por notario público, de los medios probatorios que sustentan los hechos materia de la denuncia, si los hubiera.

Según el artículo 129 del Reglamento, tienen legitimación para formular denuncia:

a) La parte afectada, cuando haya culminado el procedimiento conciliatorio,

b) Los conciliadores o capacitadores, tratándose de denuncias contra centros de conciliación o de formación y capacitación de conciliadores respectivamente,

c) Los centros de conciliación o de formación y capacitación, tratándose de denuncias contra sus pares,

d) El centro de conciliación donde se encuentre adscrito el conciliador denunciado y

e) El centro de formación y capacitación donde se encuentre adscrito el capacitador denunciado.

4. De la inadmisibilidad e improcedencia de la denuncia

Según el artículo 130 del Reglamento, la petición motivada o la denuncia, según sea el caso, será declarada inadmisible cuando no cumpla con los requisitos señalados en el artículo 128 del presente Reglamento. En este caso, se le concederá al interesado un plazo de tres días hábiles a fin que subsane la omisión incurrida. Vencido dicho plazo, sin que el denunciante haya cumplido con subsanar dicha omisión, se procederá al archivamiento de la denuncia.

Según el artículo 131 del Reglamento, la petición motivada o la denuncia, según sea el caso, será declarada improcedente cuando:

a) El denunciante no tiene legitimidad.

b) Resulta manifiestamente inconsistente o maliciosa.

c) Carezca de fundamento legal.

d) Cuando el fin de la denuncia no corresponda a la instancia.

Vencido el plazo para apelar la resolución que declara la improcedencia, se dispondrá el archivamiento de los actuados.

Conforme lo habilita el artículo 132 del Reglamento, admitida la petición motivada o la denuncia, se procederá a la calificación de los hechos que la sustentan disponiéndose, de ser el caso, actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección que determinarán con carácter preliminar si concurren

circunstancias que justifiquen la apertura de procedimiento sancionador o la improcedencia de la misma, disponiéndose su archivamiento.

5. De la apertura de procedimiento sancionador

Según el artículo 133 del Reglamento, la apertura de procedimiento sancionador se dispone mediante Resolución de la DCMA, la misma que deberá indicar los hechos imputados, las presuntas infracciones y sanciones aplicables de acuerdo al presente Reglamento. El plazo para la apertura del procedimiento sancionador es de veinte (20) días hábiles, a partir de la fecha de recepcionada la denuncia por el área encargada de darle trámite.

6. Del emplazamiento al infractor

Por disposición contenida en el artículo 134 del Reglamento, cuando se dispone la apertura de procedimiento sancionador, la Resolución será notificada al presunto infractor, conjuntamente con la copia de la denuncia si la hubiere, haciendo de su conocimiento los hechos, la infracción y la sanción aplicable, con el fin de que realice los descargos correspondientes y acompañe los medios probatorios que considere pertinentes en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación.

7. De la investigación y actuación probatoria

Conforme lo regula el artículo 135 del Reglamento, transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior, con el respectivo descargo o sin este, se procederá a evaluar las pruebas aportadas por las partes y, de ser el caso, se dispondrá de oficio las actuaciones necesarias, tales como supervisiones, inspecciones, solicitud de informes y/o de documentos y otros, con la finalidad de determinar la veracidad de los hechos materia de investigación y la existencia de responsabilidad susceptible de sanción. El plazo para la investigación y actuación probatoria es de veinte (20) días hábiles.

Es derecho del administrado solicitar el informe oral el que deberá ser requerido en la presentación de sus descargos. La administración programará la realización del informe oral durante la etapa probatoria y se llevará a cabo dentro de los diez (10) días de concluida la misma, conforme lo habilita el artículo 136 del Reglamento.

Dicho informe oral se realizará personalmente o por medio de representante en la fecha y hora que por única vez señale la DCMA.

8. De la emisión de la resolución que da por finalizado el procedimiento sancionador

El artículo 137 del Reglamento prescribe que, luego del informe oral o vencido el plazo de actuación probatoria, se emitirá la resolución que pone fin al procedimiento sancionador en primera instancia, en un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles. Dicha resolución será notificada a todas las partes intervinientes en el procedimiento. Por su parte, el artículo 138 señala que es facultad de la DCMA ampliar los plazos señalados en cada etapa por un periodo igual a lo primigeniamente establecido por única vez y mediante proveído debidamente motivado.

VII. DE LAS SANCIONES

1. De los tipos de sanción

Conforme lo establecen tanto el artículo 19-B de la Ley de conciliación como el artículo 110 del Reglamento, las sanciones imponibles a los operadores de la conciliación son:

- Amonestación.
- Multa.
- Suspensión o cancelación del registro de conciliadores.
- Suspensión o cancelación del registro de capacitadores.
- Suspensión o desautorización definitiva del centro de conciliación.
- Suspensión o desautorización definitiva del centro de formación y capacitación de conciliadores.

Como ya se ha señalado, en esta parte del trabajo nos referiremos exclusivamente a las sanciones que se aplican a los conciliadores extrajudiciales y a los centros de conciliación, remitiendo a la lectura del Reglamento para los demás casos de sanción.

1.1. De la amonestación

Conforme lo señala el artículo 111 del Reglamento, constituye amonestación aquella sanción no pecuniaria que tiene por objeto advertir a los operadores del sistema conciliatorio sobre un error, omisión o falta cometida en el desarrollo de sus funciones, que no sean de mayor gravedad, la cual se

materializa a través de una comunicación escrita con la finalidad de prevenir la comisión de nuevas infracciones.

Respecto de la imposición de la sanción, el documento que contenga la amonestación se expedirá en tres copias, de las cuales una permanecerá archivada en el respectivo Registro de Sanciones del Minjus; la segunda será notificada al operador del sistema conciliatorio sancionado; y, la tercera, de ser el caso, será puesta en conocimiento del centro de conciliación o centro de formación y capacitación de conciliadores donde se produjo la falta.

1.2. De la multa

Conforme el artículo 114 del Reglamento, la multa es la sanción pecuniaria que se impone a los operadores del sistema conciliatorio por la comisión de una infracción, conforme al presente Reglamento y se fija sobre la base de la Unidad de Referencia Procesal (URP) vigente a la fecha de pago. La multa a imponerse no debe ser menor a dos (2) URP ni mayor a cincuenta (50) URP.

La multa deberá ser depositada en la cuenta correspondiente al Minjus, dentro del quinto día hábil de notificada la resolución que pone fin al procedimiento. La falta de pago de la multa dentro del plazo antes referido, impedirá que el operador del sistema conciliatorio pueda ejercer su función, hasta en tanto no dé cumplimiento a dicha sanción.

La multa prescribe a los dos (2) años de la fecha de la imposición de la sanción.

1.3. De la suspensión

Por disposición contenida en el artículo 116 del Reglamento, la suspensión consiste en la interrupción de las funciones de un operador del sistema conciliatorio por un periodo determinado, como sanción por la comisión de una infracción conforme al presente Reglamento.

También son pasibles de ser sancionados con suspensión de sus funciones aquellos operadores del sistema conciliatorio que no efectúen el pago de la multa.

La suspensión a imponerse a los operadores del sistema conciliatorio no debe ser menor a un (1) mes ni mayor de un (1) año.

La suspensión del conciliador y el capacitador implica que, respectivamente, se encuentre impedido de ejercer temporalmente la totalidad de sus

funciones en cualquier centro de conciliación o centro de formación y capacitación de conciliadores, a nivel nacional.

La suspensión del centro de conciliación implica el cese total de sus funciones conciliadoras durante el lapso determinado. Durante el periodo de suspensión solo podrá expedir copias certificadas adicionales de las actas de conciliación existentes en su archivo; para tal efecto, se encuentran obligados a señalar ante el Minjus el lugar, horario de atención así como la persona encargada de la entrega de las referidas copias certificadas durante el tiempo que dura la sanción.

La suspensión de un Centro de Formación y Capacitación de Conciliadores implica el cese total de sus funciones formadoras y capacitadoras, encontrándose estos obligados a señalar ante el Minjus el lugar, horario de atención así como la persona encargada de la expedición de las certificaciones relativos a cursos anteriores y efectuar la tramitación de las acreditaciones correspondientes.

El incumplimiento de la sanción de suspensión acarrea la cancelación del registro tratándose de conciliadores y capacitadores. En el caso de centros de conciliación o centros de formación acarrea la desautorización definitiva de funcionamiento.

1.4. De la cancelación del registro

El artículo 118 del Reglamento prescribe que la cancelación del registro consiste en el cese definitivo de las funciones del conciliador o capacitador sancionado por la comisión de una infracción conforme al presente Reglamento, lo cual acarrea la pérdida de la acreditación y la cancelación del registro, sin que pueda posteriormente obtener nueva acreditación.

1.5. De la desautorización definitiva

Por su parte, el artículo 120 del Reglamento establece que la desautorización definitiva consiste en la cesación definitiva de las facultades del centro de conciliación o centro de formación y capacitación de conciliadores y su cierre definitivo, que acarrea además la cancelación de su registro respectivo y la imposibilidad futura de obtener un nuevo registro.

2. De la prescripción

Conforme lo señala expresamente el artículo 123 del Reglamento la facultad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe a los dos (2) años computados a partir de la fecha de la comisión de

la infracción. Dicho plazo se interrumpe con el inicio del procedimiento sancionador.

3. De las infracciones sancionadas con amonestación escrita

Conforme lo estipulado en el artículo 113 del Reglamento, se sanciona con amonestación escrita:

a) A los conciliadores por:

1. Omitir en el acta de conciliación cualquiera de los requisitos de forma señalados en el artículo 16 incisos a), b), f), j) y k) de la Ley.
2. Redactar las invitaciones para conciliar a una o ambas partes, fuera del plazo establecido en el artículo 12 de la Ley.
3. No consignar en las invitaciones algunos de sus requisitos exigidos por el artículo 16 del presente Reglamento.
4. No observar el procedimiento y los plazos establecidos para la convocatoria de la audiencia conciliatoria que señala el artículo 12 de la Ley.
5. No observar el plazo señalado para la duración de la audiencia única establecido en el artículo 11 de la Ley.
6. Señalar en una sola invitación más de una fecha para la realización de la audiencia.
7. No observar cualquiera de los principios, plazos o formalidades del trámite, establecidos por la Ley y el Reglamento para el procedimiento conciliatorio.
8. Inasistir injustificadamente a una audiencia de conciliación para la cual fue designado como conciliador.

b) A los centros de conciliación por:

1. No velar que sus conciliadores redacten el acta de conciliación de conformidad con los requisitos señalados en el artículo 16 de la Ley incisos a), b), f), j) y k).
2. Cursar invitaciones para conciliar a una o ambas partes, sin cumplir los plazos y/o el procedimiento establecidos para la convocatoria que señala el artículo 12 de la Ley.

3. Notificar las invitaciones para conciliar a una o ambas partes, sin cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 17 del presente Reglamento.

4. Notificar en una sola invitación más de una fecha para la realización de la audiencia de conciliación.

5. Admitir a trámite un procedimiento conciliatorio sin la existencia del documento o los documentos relacionados con el conflicto.

6. Entregar el acta de conciliación sin que esta cuente con las formalidades establecidas en el artículo 16 de la Ley.

7. No designar al conciliador dentro del plazo señalado en la Ley.

8. Notificar las invitaciones para las partes sin haberse consignado la dirección del centro de conciliación.

9. Permitir que su conciliador, en una sola invitación para conciliar, fije más de una fecha en la que se desarrollará la audiencia de conciliación.

10. Notificar en una sola fecha más de una invitación para conciliar para fechas distintas en que se desarrollará la audiencia de conciliación, en un procedimiento conciliatorio.

11. No atender al público en el horario autorizado por la DCMA, salvo que la modificación del mismo se hubiera comunicado previamente a dicha entidad.

12. No velar que su conciliador observe los plazos establecidos en la Ley y su Reglamento para el procedimiento conciliatorio.

13. No contar con libro de registro de actas o no mantenerlo actualizado.

14. Conservar el archivo de las actas de conciliación y/o registros y demás documentos exigidos por la normativa sobre conciliación extrajudicial, de manera irregular, negligente o desordenada.

15. No convocar a las partes conciliantes para informar el defecto de forma que contiene el acta y expedir una nueva que sustituya a la anterior con las formalidades de Ley.

4. De las infracciones sancionadas con multa

El artículo 115 del Reglamento prescribe que se sanciona con multa:

a) A los conciliadores por:

1. Realizar procedimiento conciliatorio sobre materia no conciliable.
2. Permitir en la audiencia de conciliación la representación de persona natural que no se encuentra dentro de los supuestos que establece el artículo 14 de la Ley.
3. Dar por concluido el procedimiento conciliatorio sin la forma establecida en el artículo 15 de la Ley.
4. No observar alguna de las formalidades establecidas en el artículo 16 incisos c), d), e), g), h) e i) de la Ley, para la elaboración del acta.
5. Actuar en un procedimiento conciliatorio sin estar adscrito al centro de conciliación donde se tramita el procedimiento.
6. Redactar el acta de conciliación sin cuidar que el acuerdo conste en forma clara y precisa.
7. Poner fin a un procedimiento de conciliación por decisión motivada sin expresión de causa debidamente fundamentada.
8. Faltar al principio de confidencialidad.
9. Reiterar dentro del lapso de doce meses la comisión de una misma falta procesada y sancionada con amonestación.
10. Incurrir en cualquiera de las conductas sancionables con amonestación luego de haber sido procesado y sancionado, por lo menos, en tres de ellas en el lapso de doce meses.

b) A los centros de conciliación por:

1. Admitir a trámite procedimiento conciliatorio sobre materia no conciliable.
2. Admitir a trámite procedimiento conciliatorio cuando no corresponda la solicitud al distrito conciliatorio de su competencia, salvo acuerdo de las partes.
3. No supervisar que se lleve a cabo la audiencia de conciliación sin que el conciliador haya identificado correctamente a las partes.
4. No supervisar que su conciliador observe las formalidades establecidas en el artículo 16, incisos c), d), e), g), h) e i) de la Ley, para la elaboración del acta.

5. No supervisar que se lleve a cabo el procedimiento conciliatorio con representante de persona natural de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley.

6. Permitir que su conciliador o algún servidor o funcionario del centro de conciliación, falte al principio de confidencialidad, salvo las excepciones previstas en la Ley y su Reglamento.

7. No enviar la información estadística, prevista en el artículo 30 de la Ley, tergiversarla u ocultarla.

8. No supervisar que su conciliador haga uso debido de la prerrogativa que establece el artículo 15, inciso f) de la Ley.

9. Negarse a expedir o demorar injustificadamente la expedición de copias certificadas adicionales de las actas de conciliación.

10. No comunicar a la DCMA dentro de los cinco (5) días hábiles de cometida la infracción, las faltas cometidas por sus conciliadores adscritos.

11. Permitir la realización de audiencias por conciliadores no adscritos al centro de conciliación.

12. Permitir la verificación de la legalidad del acuerdo conciliatorio por abogado no adscrito al centro de conciliación.

13. No convocar a las partes para informar el defecto de forma que contiene el acta y expedir una nueva que sustituya a la anterior con las formalidades de Ley.

14. No comunicar previamente a la DCMA, cualquier cambio en la información o documentación presentada para la autorización de funcionamiento.

15. No comunicar previamente a la DCMA, cualquier cambio en la información del centro que deba estar registrada.

16. No proporcionar a la DCMA la información que requiera en ejercicio de sus funciones de supervisión.

17. No subsanar las observaciones señaladas en el acta de supervisión realizada por la DCMA, dentro de las condiciones y plazos estipulados en la misma.

18. No expedir o condicionar la entrega de la copia certificada del acta de conciliación y la solicitud para conciliar, al pago de

gastos u honorarios adicionales una vez concluido el procedimiento conciliatorio.

19. No cumplir o permitir que sus conciliadores no cumplan con los principios, plazos o formalidades de trámite, establecidos por la Ley y su Reglamento para el procedimiento conciliatorio.
20. Funcionar sin contar con una persona responsable de la toma de decisiones en nombre y representación del centro, durante el horario de atención al público.
21. No exhibir el tarifario autorizado en un lugar visible para el público, o exhibir uno distinto al autorizado por el Minjus.
22. Variar la dirección del centro de conciliación, sin la previa autorización de la DCMA.
23. No comunicar al Minjus dentro de los cinco días útiles de ocurrida la infracción, las faltas cometidas por sus conciliadores.
24. No mantener adecuadamente las actas de conciliación y/o expedientes.
25. Expedir copia certificada del acta de conciliación a personas distintas a las partes conciliantes, órgano jurisdiccional o el Minjus.
26. Reiterar dentro del lapso de doce (12) meses la comisión de una misma conducta procesada y sancionada con amonestación.
27. Incurrir en cualquiera de las conductas sancionables con amonestación luego de haber sido procesado y sancionado por lo menos en tres de ellas en el lapso de doce meses.

5. Infracciones sancionadas con suspensión

Según el artículo 117 del Reglamento, se sanciona con suspensión:

a) A los conciliadores por:

1. Realizar procedimiento conciliatorio sin haber identificado plenamente a las partes intervinientes de la audiencia conciliatoria.
2. Actuar en un procedimiento conciliatorio sin la existencia previa de un conflicto.
3. Actuar en un procedimiento conciliatorio sin estar adscrito en el centro de conciliación en el que se presentó la solicitud de conciliación.

4. Actuar en un procedimiento conciliatorio sin tener conocimiento de encontrarse inmerso en una causal de impedimento o recusación cuando estaba en posibilidad real de conocerla.

5. Ejercer la función conciliadora sin haber cumplido con pagar la multa a la que se encuentra sujeto.

6. Utilizar la denominación o cualquier signo distintivo del Minjus o sus órganos, en cualquier documento de presentación.

7. Redactar el Acta de Conciliación en un formato distinto al aprobado por el Minjus.

8. Aceptar pagos, donativos, promesas o cualquier otra ventaja por las partes o terceros, con el fin de realizar un acto propio de su función.

9. Actuar en un procedimiento conciliatorio con conocimiento de encontrarse incurso en una causal de impedimento o recusación.

10. Obstruir la labor de supervisión, conforme a lo estipulado en el presente reglamento.

11. Reiterar dentro del lapso de doce meses la comisión de una misma conducta procesada y sancionada con multa.

12. Incurrir en cualquiera de las conductas sancionables con multa luego de haber sido procesado y sancionado por lo menos en tres (3) de ellas en el lapso de doce (12) meses.

b) A los centros de conciliación por:

1. Admitir a trámite un procedimiento conciliatorio sin la existencia previa de un conflicto.

2. Incurrir en negligencia respecto de la conservación de las actas, que produzca pérdida, sustracción, deterioro o destrucción parcial o total de estas.

3. Sustituir a un conciliador o designar a otro, sin contar con la autorización de las partes, salvo caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditada.

4. Realizar cobros por conceptos no comprendidos, o en montos superiores a las tarifas autorizadas por la DCMA.

5. Emplear un formato distinto al aprobado por el Minjus con el objeto de redactar las actas de conciliación.

6. Utilizar la denominación o cualquier signo distintivo del Minjus o sus órganos, en sus avisos, correspondencia o cualquier otro documento.

7. Realizar audiencias de conciliación fuera del local autorizado, salvo autorización expresa de la DCMA.

8. Permitir la realización de la audiencia de conciliación en un local que no cumpla con las exigencias previstas en la Ley y su Reglamento, en el caso que la DCMA haya permitido la realización de la audiencia conciliatoria fuera del local autorizado.

9. No comunicar al Minjus, las modificaciones de la información contenida en el Registro de la DCMA, en los plazos señalados en la Ley y su Reglamento.

10. No contar con los archivos, registros y/o demás documentación exigidos por la normativa sobre conciliación extrajudicial.

11. Conservar los archivos, registros, actas y/o demás documentación exigida por la Administración fuera del local del centro de conciliación.

12. No atender casos de conciliación en materia de familia u otros, discriminando por razón de la condición de las partes u otras circunstancias.

13. Permitir la programación, a la misma fecha y hora, de dos o más audiencias de conciliación con el mismo conciliador, con excepción de los procedimientos susceptibles de tramitación acumulable.

14. No cumplir con los requerimientos y/o medidas correctivas dispuestas por el Minjus.

15. Requerir a los usuarios pagos no pactados por el servicio conciliatorio.

16. Brindar servicios legales u otros, dentro del centro de conciliación, que sean contrarios a la función conciliadora o que sean requeridos por las partes con ocasión del procedimiento conciliatorio.

17. Obstruir la labor de supervisión, conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento.

18. Reiterar dentro del lapso de doce (12) meses la comisión de una misma conducta procesada y sancionada con multa.
19. Incurrir en cualquiera de las conductas sancionables con multa luego de haber sido sancionado por lo menos en tres de ellas en el lapso de doce (12) meses.

6. Faltas sancionadas con cancelación del Registro

Según el artículo 119 del Reglamento, son faltas sancionadas con cancelación del Registro a los Conciliadores por:

1. Ejercer la función conciliadora pese a encontrarse suspendido o afecto a la medida de suspensión provisional.
2. Solicitar y/o aceptar de las partes o de terceros, pagos, donativos, promesas o cualquier otra ventaja con el fin de omitir un acto propio de su función o en violación de sus obligaciones o deberes.
3. Valerse del procedimiento conciliatorio, del acuerdo conciliatorio o de sus efectos, para beneficiar o perjudicar a las partes o a terceros o para sí mismo.
4. Llevar a cabo la tramitación de un procedimiento conciliatorio sin la existencia del documento o los documentos relacionados con el conflicto si por su naturaleza este o estos sean esenciales.
5. Reiterar dentro del lapso de doce (12) meses la comisión de una misma conducta procesada y sancionada con suspensión.
6. Incurrir en cualquiera de las conductas sancionables con suspensión luego de haber sido procesado y sancionado por lo menos en tres (3) de ellas en el lapso de veinticuatro (24) meses.

7. Faltas sancionadas con desautorización definitiva

Según el artículo 121 del Reglamento, se sanciona con desautorización definitiva a los centros de conciliación por:

1. Permitir el desempeño como conciliadores de quienes hubieren sido inhabilitados permanentemente como tales o se encontraren suspendidos por sanción o medida preventiva o no hayan cancelado la multa.
2. Permitir ocasional o permanentemente que conciliadores que no cuenten con habilitación vigente efectúen conciliaciones extrajudiciales.

3. Atentar contra la imparcialidad de los conciliadores, al condicionar el pago de sus honorarios al acuerdo de las partes, o a la conducción de la audiencia en beneficio de una de ellas.

4. Permitir que ejerzan ocasional o permanentemente la función conciliadora, personas no acreditadas como conciliadores extrajudiciales por el Minjus.

5. Permitir que efectúen conciliaciones en materias especializadas, aquellos conciliadores que no cuenten con la acreditación de la especialización respectiva vigente.

6. Brindar servicios de conciliación encontrándose suspendido, sea por sanción o como medida preventiva o no haber pagado la multa.

7. Adulterar la información de los expedientes, cargos de invitaciones y/o actas de conciliación.

8. Permitir que los integrantes del centro de conciliación participen actuando como conciliadores, abogados o peritos dentro de uno o más procedimientos conciliatorios, derivados de casos en los que hubieren participado en el ejercicio de sus profesiones u oficios u otros.

9. Admitir la suplantación de un conciliador adscrito al centro de conciliación en una audiencia de conciliación.

10. Dejar de funcionar de manera definitiva por un periodo de seis (6) meses o más, sin la previa autorización del Minjus.

11. Presentar al Minjus documentos falsos y/o fraguados y/o adulterados.

12. Negarse a proporcionar al Minjus, la información que este le requiera en ejercicio de su potestad sancionadora.

13. No actuar de conformidad con los principios éticos prescritos por la Ley y su Reglamento.

14. Reiterar dentro del lapso de doce (12) meses la comisión de una misma conducta procesada y sancionada con suspensión.

15. Incurrir en cualquiera de las conductas sancionables con suspensión luego de haber sido procesado y sancionado por lo menos en tres (3) de ellas en el lapso de veinticuatro (24) meses.

VIII. DE LOS RECURSOS IMPUGNATORIOS

El artículo 139 del Reglamento precisa que contra las resoluciones emanadas en la tramitación del procedimiento sancionador proceden los recursos de reconsideración y de apelación. La única excepción está referida a la resolución que dispone la apertura de procedimiento sancionador, la que tiene la condición de inimpugnable, rechazándose de plano cualquier recurso que pretenda su contradicción.

El artículo 140 establece que la DCMA constituye la primera instancia para efectos de atender los recursos administrativos; por lo tanto, resolverá los recursos de reconsideración y elevará los de apelación a la Dirección Nacional de Justicia (DNJ). Al haber variado la estructura orgánica del Ministerio de Justicia, la segunda instancia ya no es la DNJ sino la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia (DGDP).

1. Del recurso de reconsideración

El artículo 141 del Reglamento prescribe que el Recurso de Reconsideración se interpone ante la DCMA debiendo sustentarse necesariamente en prueba nueva. Este recurso es opcional y su no interposición no impide la posibilidad del ejercicio del recurso de apelación. El plazo para la interposición del recurso de reconsideración es de quince (15) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la resolución y será resuelto por la DCMA en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de su presentación.

2. Del recurso de apelación

El artículo 142 del Reglamento establece que el Recurso de Apelación se presenta ante la DCMA quien lo elevará conjuntamente con el expediente administrativo, debiendo entenderse que será remitido al actual superior jerárquico que es la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia. Su interposición procede cuando se sustenta en diferente interpretación de las pruebas producidas o se trate de cuestiones de puro derecho. Los plazos para su interposición y resolución son los mismos que los establecidos para el recurso de reconsideración.

IX. DE LA ENTREGA DE ACERVO DOCUMENTARIO

Conforme lo señalado en el artículo 145 del Reglamento, impuesta la sanción de desautorización definitiva, el centro de conciliación deberá cumplir

con remitir a la DCMA, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contados a partir de su requerimiento, lo siguiente:

a) El inventario de los procedimientos conciliatorios tramitados según el formato establecido por la DCMA.

b) Las actas de conciliación con los respectivos expedientes conciliatorios debidamente foliados, así como todos los documentos, sellos y libros utilizados durante el ejercicio de la función conciliadora, bajo responsabilidad.

Transcurrido el plazo señalado en el párrafo anterior, sin que el obligado haya cumplido con remitir el acervo documentario solicitado, el Minjus está facultado para interponer la denuncia penal correspondiente ante el Ministerio Público, por el delito contra el patrimonio - apropiación ilícita y por el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, la cual será dirigida contra los representantes del centro de conciliación y los representantes de la persona jurídica promotora del centro de conciliación, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiere lugar.

CAPÍTULO XIV

BREVE PARALELISMO ACERCA DE LA INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS EN EL PROCESO JUDICIAL Y EN EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO



BREVE PARALELISMO ACERCA DE LA INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS EN EL PROCESO JUDICIAL Y EN EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO[257]

"Habla para que yo te conozca"

Sócrates

I. INTRODUCCIÓN

La lógica que regula el proceso civil presenta una serie de diferencias con las pautas que debemos seguir en todo procedimiento conciliatorio extrajudicial a iniciarse de manera previa a la judicialización de la controversia en tanto deba cumplirse con el requisito de procedibilidad exigido por ley. Esta situación genera algunos inconvenientes cuando los actores que participan en una conciliación extrajudicial no conocen en profundidad las reglas muy particulares y específicas que vamos a encontrar en el desarrollo de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos, generando una colisión con nuestras muy arraigadas creencias, costumbres y pautas procesales a las que estamos acostumbrados, las que tendrán validez en un proceso judicial, pero que no se adecuan al desarrollo de un procedimiento conciliatorio.

En este sentido, el régimen legal que regula la intervención de los sujetos en el procedimiento conciliatorio no es la excepción a esta situación descrita anteriormente, ya que nos encontramos frente a una regulación procedimental que se desarrolla en un contexto distinto al de la participación de los sujetos procesales en un proceso, lo que motiva una explicación más minuciosa respecto de la forma como las partes principales y otros sujetos deben conducirse en el contexto de una audiencia de conciliación extrajudicial, y así evitar

(257) El presente trabajo ha sido elaborado con la colaboración de Diana Marilyn Guia Abarca, abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Andina del Cusco y exdirectora del Centro de Conciliación A Priori Conciliare de la ciudad del Cusco.

inconvenientes ocasionados por el desconocimiento de estas pautas legales. Por ello, consideramos conveniente realizar el presente estudio que muestre el paralelismo entre las actividades de los sujetos tanto en el proceso judicial como en el procedimiento conciliatorio, a fin de apreciar los puntos de coincidencia y aquellos aspectos que merecen mejor conocimiento en tanto hay una regulación legal específica, en aras de un desempeño eficiente de los sujetos procedimentales.

II. PERSPECTIVA DESDE EL PROCESO CIVIL

1. Las partes procesales: demandante y demandado

El concepto procesal de parte responde al concepto gramatical y lógico de que parte es una porción de todo. En este caso, podemos afirmar que el todo es la relación jurídico-procesal y las partes son los sujetos de esa relación[(258)]. Es sabido que en un proceso vamos a encontrar una relación jurídica que se va a dar entre dos partes que reciben los nombres de demandante y demandado. Como señala Prieto - Castro[(259)], el proceso civil supone la existencia de dos o más personas en posición contrapuesta, llamadas precisamente por esto, desde antiguo y en los diversos sistemas jurídicos, partes, de las cuales una ejercita la acción pidiendo al órgano jurisdiccional el otorgamiento de justicia o tutela jurídica frente a la otra, distinguiéndose su respectiva posición por el nombre que se le asigna a cada una: demandante, actor, o parte actora es la que toma la iniciativa de la incoación del juicio o proceso; demandado o parte demandada es aquella contra la cual se dirige la acción.

Esta relación jurídica sustantiva se va a dar como consecuencia del ejercicio del derecho de acción por parte del demandante, quien, invocando la tutela jurisdiccional de un derecho subjetivo que considera vulnerado, va a dirigir una pretensión en contra del demandado, quien a su vez se encuentra expedito para ejercer su derecho de contradicción. Queda claro que será el juez quien se encuentre investido de facultades para resolver esa situación de conflicto intersubjetivo de intereses con relevancia jurídica, mediante la actuación de la voluntad de la ley contenida en el derecho objetivo.

En palabras de Hurtado[(260)], se puede concluir que:

(258) RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito A. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 6ª edición, Grijley, Lima, 2005. pp. 52-53.
(259) PRIETO - CASTRO, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*. 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 66-81.
(260) HURTADO REYES, Martín. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Idemsa, Lima, 2009, pp. 707-711.

a) El concepto de parte es estrictamente formal, su contenido es absolutamente procesal y queda desvinculado de la relación jurídica sustancial que pudo haber existido antes del proceso, por ello, será parte quien con la demanda propone una pretensión y en contra de quien se propone la pretensión, siendo el primero la parte demandante y el segundo, la parte demandada, sin interesar si fueron integrantes de la citada relación sustancial, siendo que la posición de partes en el proceso queda determinada con la demanda, siendo esta una exigencia formal contemplada en el artículo 424, incisos 2 y 4 del Código Procesal Civil.

b) No tendrá la condición de parte quien actúa en el proceso como representante, pues la decisión judicial del proceso no le producirá efectos en su esfera jurídica, los efectos serán directos a quien representa, en tal sentido el concepto de parte aquí corresponderá al representado, y asume la calidad de parte quien demanda o quien ejercita el derecho de defensa, ya sea actuando en nombre propio o a través de un representante.

c) Se debe entender que en el proceso hay dualidad de partes, es decir que solo hay dos partes, no hay proceso con solo una parte ni tampoco hay proceso con más de dos partes, de ahí que en el proceso siempre exista un demandante y un demandado, y el hecho de que existan una pluralidad de personas conformando una de las partes no significa la existencia de más de dos partes, pues lo que existe es que una de las partes o las dos a la vez se encuentran integradas por más de un sujeto.

d) Tienen capacidad para ser parte procesal todo sujeto de derecho reconocido así por el ordenamiento jurídico, pero es posible que se carezca de capacidad procesal.

e) De la noción de parte se puede delinear el concepto de tercero, en tal sentido, este último es la antítesis del primero, pues será tercero quien no aparece en la relación jurídica procesal ni como demandante ni como demandado, siendo ajeno a la relación procesal entablada con la demanda.

2. Los sujetos procesales

Como ya hemos visto, la participación de demandante y demandado se hace en condición de partes procesales, y podríamos suponer que los efectos de la sentencia que se emita en el proceso respectivo solo deberían afectarlos a

ellos. Empero, no debemos confundir el concepto de partes procesales con el de sujetos procesales, –o, como los denomina nuestro Código adjetivo, sujetos del proceso–, que es un concepto más amplio y que subsume al de partes, pues los sujetos procesales también tienen participación en el proceso, y que para el caso del proceso civil son los jueces, las propias partes demandante y demandada, sus abogados, los auxiliares jurisdiccionales[261], los órganos de auxilio judicial[262] y, eventualmente, el Ministerio Público. Asimismo, también cabe la posibilidad de que personas que no han intervenido en el inicio de la relación procesal intervengan en el proceso como sujetos procesales, y que reciben la denominación de terceros.

2.1. El juez

En la actualidad vemos que el modelo adoptado por la mayoría de legislaciones procesales al momento de orientar el procedimiento es el denominado proceso por audiencia, en el que la audiencia es el elemento central del proceso. Así, la audiencia se concreta a través de la reunión de los tres sujetos esenciales del proceso como son el juez y las partes –demandada y demandante–, realizándose los actos del proceso en forma conjunta, y culminando a través de la expedición de la sentencia, que no es otra cosa que el acto del juzgador en el que emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión procesal con el derecho, y, en consecuencia, decide estimarla o desestimarla, poniendo fin al proceso en un acto de decisión motivada contenida en una resolución[263].

En palabras de Monroy, el proceso civil existe porque en la realidad se presentan conflictos de intereses o incertidumbres con relevancia jurídica, que urge sean resueltas o despejadas para que haya paz social en justicia[264]. Por

(261) Como los secretarios de sala, los relatores, los secretarios de juzgado, los oficiales auxiliares de justicia, conforme lo señalado en el artículo 54 del Código Procesal Civil.

(262) Como el perito, el depositario, el interventor, el martillero público, el curador procesal, la Policía y otros órganos que determine la ley, conforme al artículo 55 del Código Procesal Civil.

(263) Durante el transcurso de la relación entre el juez y el derecho, en el que están en juego más que la controversia entre las personas, su protección frente al poder, se pueden diferenciar tres situaciones fundamentales que se definen ante todo por la actitud del propio juez ante el derecho, es decir, por el modo en que él mismo entiende y desempeña su papel. Estas situaciones pueden ser caracterizadas como arbitrariedad judicial, arbitrio judicial y legalismo judicial. Estamos en presencia de la arbitrariedad judicial siempre que el juez tenga una indefinida latitud para fallar, ni siquiera limitada por recursos como la apelación. En el arbitrio judicial la latitud del juez aparece regulada por el derecho, como sucedió antes de la codificación, en el derecho de juristas. Por último, existe legalismo judicial cuando el juez se limita a aplicar la ley, según ocurre actualmente en el derecho legislado. Ver: BRAVO LIRA, Bernardino. "Arbitrio judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación". En: *Interpretación, integración y razonamientos jurídicos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 255 y ss.

(264) Conviene precisar que no todo conflicto de intereses presente en la realidad es factible de ser conducido por los interesados en su solución al Poder Judicial. Vemos que un caso es justiciable cuando nos

ello, socialmente hubo la necesidad de que los conflictos fueran solucionados por un tercero ajeno a aquel, y el devenir histórico fue el que determinó que este tercero fuera parte de un poder del Estado, que es el que se ha hecho cargo con exclusividad de esta actividad mediante el empleo de la función jurisdiccional.

La llamada jurisdicción o función jurisdiccional antes mencionada es el poder-deber del Estado destinado a solucionar un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica en forma exclusiva y definitiva a través de órganos (el Poder Judicial) y funcionarios (los jueces y magistrados) especializados que aplican el derecho correspondiente al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible. Decimos que es poder porque es exclusivo, ya que no hay otro órgano estatal y mucho menos particular encargado de tal tarea; y es deber porque el Estado no puede sustraerse a su cumplimiento, bastando que lo solicite un titular de derechos para que se encuentre obligado a otorgarlo.

En este orden de ideas, corresponde al juez ser el gran director del proceso, en tanto lo dirige, dicta las resoluciones y realiza los actos procesales que sean necesarios, así como decide el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica de manera debidamente motivada y razonada, previa actuación y valoración de la actividad probatoria de las partes, y así cumple con el deber de velar por la rápida solución de la controversia; siendo que lo decidido a través de la sentencia tiene que ser cumplido obligatoriamente por las partes cuando recae en la decisión la autoridad de cosa juzgada.

2.2. Los abogados

La participación de los abogados es vital para la validez de los actos que se realizan en un proceso judicial, pues la sola participación de las partes

encontramos ante situaciones materiales perfectamente identificables dentro de una norma positiva, pero cabe la posibilidad de que ese mismo sistema jurídico, a pesar de reconocer la existencia de ese derecho material, le niega al titular la posibilidad de reclamarlo en sede judicial, como, por ejemplo: la imposibilidad de reclamar en sede judicial una deuda de juego. Vemos que un criterio para apreciar la escasa trascendencia de un conflicto y, en consecuencia, su falta de calidad intrínseca para ser un caso justiciable puede extraerse al realizar el análisis en torno de si el tiempo y el esfuerzo del servicio de administración de justicia destinado para su tramitación y eventual solución serán para el sistema judicial una opción más onerosa –en términos de eficacia social– que lo que pueda significar su negativa a tramitarlo y resolverlo por considerarlo de poca relevancia. Esta es una aplicación de la *teoría de la insignificancia*, por la cual no se trata de desproteger los conflictos de importancia patrimonial reducida, sino de evitar que las afectaciones exiguas, desde la perspectiva del valor social de los bienes, se incorporen al tráfico judicial y traigan consigo más perjuicio que beneficio social, como podría ocurrir si el servicio de justicia se complica, enreda y finalmente se anula al no poder atender una demanda masiva de justicia para situaciones en las que no puede advertirse la trascendencia de la paz social como fin del proceso. Ver: MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Temis, Santa Fé de Bogotá, 1996, pp. 199 y 200.

demandante y demandada que se dará ante el juez no basta, siendo que por el principio de defensa cautiva, su actuación deberá darse forzosamente con la asistencia de un abogado. En este sentido, el artículo 139, numeral 14, de la Constitución Política del Perú proclama que son principios y derechos de la función jurisdiccional el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso; de manera complementaria, el artículo 132 del Código Procesal Civil es claro al exigir que todo escrito debe estar autorizado por abogado colegiado con indicación clara de su nombre y registro o de lo contrario no se le dará trámite. Es más, de acuerdo a lo señalado en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el abogado tiene derecho a defender o prestar asesoramiento a sus patrocinados ante las autoridades judiciales, parlamentarias, políticas, administrativas, policiales y militares, y ante las entidades o corporaciones de derecho privado, y ninguna autoridad puede impedir este ejercicio, bajo responsabilidad. Como vemos, salvo las excepciones de ley –como ocurre en los procesos de alimentos–, la presencia del abogado es totalmente necesaria y obligatoria en el proceso judicial.

2.3. Los terceros

Conforme lo precisa Gozaini[265], si el proceso se concibe como una lucha entre partes, es evidente que la incorporación de un tercero no se puede dar, en la concepción que concibe la teoría clásica, porque si tiene intereses diferentes no tiene nada que hacer allí; si, en cambio, posee pretensiones coincidentes con una de las partes, viene a ayudarla, pudiendo así quebrar la regla de la igualdad. Así, en sentido técnico, aplicado por tanto únicamente al proceso jurisdiccional, se es tercero mientras no se tenga la calidad de parte, pues una vez adquirida, la condición para actuar se confunde con los supuestos de litisconsorcio, vale decir, se pierde la condición de tercero para ser parte adherente a uno de los litigantes.

De allí que la presencia del tercero en el proceso civil solo resulta doctrinariamente posible a partir de la llamada noción negativa de la condición de parte, es decir, resulta tercero quien no posee la investidura de parte, en razón de no ser demandante ni demandado; observándose así que la noción más aproximada del concepto de tercero solo se logra residualmente o por reducción del concepto de parte, esto es, aquella persona que sin ser parte interviene en el proceso en defensa de un interés que le es personal y distinto del de aquellas. Por ello la intervención de terceros en el proceso civil aparece configurada desde el punto de vista de su naturaleza jurídica como una

(265) GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Ediar, Buenos Aires, 2005, pp. 255-256.

contingencia susceptible de dar nacimiento al llamado proceso con partes múltiples, pudiendo debatirse en él una pretensión única o concurriendo una pluralidad de pretensiones.

3. Clases de intervención de terceros en el proceso civil

La intervención de terceros es una institución procesal por la que a un sujeto que no es parte material y/o procesal en un proceso se le permite ingresar al mismo, debido al hecho de que tiene un interés jurídicamente relevante, directo o indirecto, en su resultado. La intervención de terceros supone encontrarnos al hecho de que, con posterioridad a la interposición y notificación de la demanda al emplazado, se incorporan al proceso otros sujetos. De por medio están el interés y la legitimidad de los terceros para pretender incorporarse voluntariamente al proceso o para ser incorporados a él, ya sea de oficio, por el juzgador o a petición de parte.

Rosemberg[266] señala que esta intervención por adhesión es la participación de un tercero en la gestión de una controversia ajena en propio interés y para apoyo de una de las partes, llamadas parte principal, con lo cual tenemos que el interviniente adherente actúa junto a la parte principal, o si esta permanece inactiva, en su lugar; pero siempre en nombre propio, por lo cual no es su representante. Precisa, además, que los presupuestos de la procedencia de la intervención por adhesión son: i) que debe existir y estar todavía pendiente una controversia, el llamado proceso principal, entre otras personas, siendo que el proceso principal será, por lo regular, un procedimiento de sentencia; ii) el proceso principal debe ya estar pendiente; es decir, estar notificada la demanda o presentada la solicitud o debe llegar a pendiente junto con la adhesión del interviniente adherente; iii) el proceso principal debe estar todavía pendiente, pues no hay intervención después de la resolución de la controversia con autoridad de cosa juzgada; pero sí cabe todavía en la instancia de apelación o de revisión, en tanto el recurso es en sí admisible; iv) el proceso principal debe estar pendiente entre otras personas, pues no es posible adherirse como interviniente adherente a sí mismo o a la parte legalmente representada por uno mismo, y si el interviniente adherente llegase a ser parte posteriormente, por ejemplo, a causa de herencia o traspaso del proceso a él, entonces cesa la procedencia de la intervención por adhesión; y v) el interviniente adherente debe tener, de acuerdo con las afirmaciones de parte, presentadas en el proceso principal, un interés jurídico en la victoria de la parte

(266) ROSEMBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Introducción. Libro primero: Teoría general (traducción de Ángela Romera Vela)*. ARA Editores, Lima, 2007, pp. 303-306.

principal (llamado *causa de la intervención*). Un interés de esta clase se da siempre cuando el interviniente adherente está en tal relación jurídica con las partes o el objeto del proceso principal que una sentencia desfavorable para la parte principal influiría, de algún modo, jurídicamente y para su detrimento, en su situación jurídica, de derecho privado o público.

Concluyendo, podríamos afirmar que cualquier tercero no podrá incorporarse a un proceso, sino que deberá acreditar una serie de requisitos para la procedencia de su pedido: i) que exista conexidad entre la pretensión del tercero y la pretensión de las partes procesales; ii) que el tercero debe alegar un interés propio y actual en el proceso; iii) que el interés invocado por el tercero sea legítimo; y iv) que exista un proceso entre las partes procesales pendiente de resolución(267).

En opinión de Gozaini(268), la intervención del tercero puede ser voluntaria o forzada, de acuerdo con el interés que ostente quien se encuentra fuera del proceso.

Se denomina intervención voluntaria a la incorporación al proceso de cualquier interesado que acredite que la sentencia que entre las partes se dicte lo puede afectar de manera directa. Así, el interés que habilita la legitimación para actuar es independiente de la que acreditan ya las partes procesales. En cambio, será forzada cuando la intervención del tercero en un proceso pendiente tiene su origen no en la decisión del tercero que invoca una legitimación, sino en la llamada de una de las partes (intervención a instancia de parte) o del juez (intervención por orden del juez), por lo que no cabe plantearse realmente en qué medida está aquel legitimado. Los supuestos de la intervención provocada excluyen, por principio, la alegación por el tercero de un interés que le legitime para intervenir, pues este tipo de intervención sería obligatoria porque sucede a petición de alguna de las partes o lo dispone el juez de oficio, a efectos de que participe en el proceso en trámite y de esta forma la sentencia a dictarse en él pueda serle eventualmente opuesta.

(267) Código Procesal Civil:
"Artículo 101.- Requisitos y trámite común de las intervenciones
Los terceros deben invocar interés legítimo. La solicitud tendrá la formalidad prevista para la demanda en lo que fuera aplicable, debiendo acompañarse los medios probatorios correspondientes.
El Juez declarará la procedencia o denegará de plano el pedido de intervención. En el primer caso, dará curso a las peticiones del tercero legitimado. Solo es apelable la resolución que deniega la intervención. Los intervinientes se incorporan al proceso en el estado en que este se halle al momento de su intervención".

(268) ROSEMBERG, Leo. Ob. cit., pp. 256-261.

En nuestra legislación, el Código Procesal reconoce las siguientes clases de intervención de terceros:

a) Intervención coadyuvante

Según el artículo 97 del Código Procesal Civil[269], se permite la intervención coadyuvante de un tercero que no tiene relación directa con el objeto de la litis y que, por tanto, no le va a afectar directamente la sentencia, pero que tiene una relación sustancial con una de las partes del proceso, relación que puede ser afectada si dicha parte es vencida. El coadyuvante puede incorporarse en el proceso incluso durante el trámite en segunda instancia y puede realizar actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido.

b) Litisconsorcio

El litisconsorcio es la situación jurídica en que se hallan diversas personas que actúan en juicio conjuntamente como actores o demandados. Etimológicamente podría considerarse como litigar en conjunto o junto con, siendo una situación procesal por la cual existe más de una persona como demandante (litisconsorcio activo), demandado (litisconsorcio pasivo) o existe pluralidad de demandantes y demandados (litisconsorcio mixto), por existir entre ellas algún tipo de situación que las habilita a actuar de manera conjunta con alguna de las partes.

Otra forma de clasificar al litisconsorcio, presente en nuestra legislación procesal, está referida al litisconsorcio necesario, litisconsorcio facultativo o voluntario y al litisconsorcio cuasinecesario.

El litisconsorcio necesario[270] se presenta cuando la parte demandante o la parte demandada está conformada por más de una persona titulares de la relación sustantiva y que todos ellos tienen un

(269) Código Procesal Civil:
"Artículo 97.- Intervención coadyuvante
Quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante de ella".

(270) Código Procesal Civil:
"Artículo 93.- Litisconsorcio necesario
Cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, solo será expedida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario".

interés común, esto es, una sola pretensión procesal que les interesa sea tutelada por el juez, y es a partir de la figura de la legitimación activa o pasiva que se define quiénes serán litisconsortes necesarios en el proceso, siendo que la ausencia de un litisconsorte necesario en un proceso invalida la decisión final que se tome por el juez. La incorporación de un litisconsorte necesario hace imperativo que se integre al proceso vía emplazamiento a todos los sujetos que formaron parte de la relación jurídica material y que puedan verse afectados por la sentencia.

El litisconsorcio facultativo(271) o voluntario se da cuando una persona que tiene interés propio y particular interviene en el proceso, ya sea como demandante o como demandado, proponiendo, lógicamente, su pretensión procesal con base en elementos fácticos propios y bajo el amparo de una disposición sustantiva, por lo que son considerados como litigantes independientes. El juez, al resolver la causa, tiene que pronunciarse sobre todas las pretensiones procesales propuestas, incluyendo las planteadas por el litisconsorte facultativo. Ni el Código Procesal Civil ni la propia naturaleza del derecho en controversia obligan al litisconsorte voluntario a intervenir en el proceso, pues lo que hace es permitir que este participe en él proponiendo sus pretensiones, de lo que se desprende que su no intervención en el proceso no lo invalida ni lo afecta.

El litisconsorcio cuasi necesario o impropiamente necesario se encuentra regulado en el artículo 98 del Código Procesal Civil(272), en donde tenemos el caso de un tercero que tiene la necesidad de intervenir y convertirse en parte porque la sentencia puede afectar su esfera de actuación jurídica. En este sentido, quien se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia, y que por tal razón estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso, puede intervenir como litisconsorte de una parte, con

(271) Código Procesal Civil:
"Artículo 94.- Litisconsorcio facultativo
Los litisconsortes facultativos serán considerados como litigantes independientes. Los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás, sin que por ello se afecte la unidad del proceso".

(272) Código Procesal Civil:
"Artículo 98.- Intervención litisconsorcial
Quien se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia, y que por tal razón estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso, puede intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de esta.
Esta intervención puede ocurrir incluso durante el trámite en segunda instancia".

las mismas facultades de esta, incluso durante el trámite en segunda instancia.

c) Intervención excluyente principal

Según el artículo 99 del Código Procesal Civil[273], el tercero interviene para que se le declare titular del derecho que es objeto de la pretensión que se discute en el proceso. Por ello, su pretensión la dirige contra el demandante y el demandado, actuando como una parte más en el proceso, pudiendo solicitar su intervención hasta antes que se dicte sentencia en primera instancia.

d) Intervención excluyente de propiedad o de derecho preferente

Reguladas en el artículo 100 del Código Procesal Civil[274], en donde vemos la posibilidad de que pueda intervenir en un proceso el tercero cuyo bien que es de su propiedad o sobre el cual tiene mejor derecho en oposición a los litigantes haya sido afectado por una medida cautelar; o también para que el tercero interviniente obtenga el reconocimiento de derecho preferente respecto de lo obtenido en la ejecución forzada.

e) Denuncia civil

Conocida también como llamamiento a terceros, y regulada en el artículo 102 del Código Procesal Civil[275]. Es el llamamiento que hace el demandado a otra persona, que, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, solicitando al juez que notifique del inicio del proceso al tercero que no ha sido demandado y que también tiene obligación o responsabilidad en el derecho discutido en el proceso. Una vez emplazado,

(273) Código Procesal Civil:
"Artículo 99.- Intervención excluyente principal
Quien pretenda, en todo o en parte, ser declarado titular del derecho discutido, puede intervenir formulando su exigencia contra demandante y demandado.

(274) Código Procesal Civil:
"Artículo 100.- Intervención excluyente de propiedad o de derecho preferente
Puede intervenir en un proceso quien pretende se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar".

(275) Código Procesal Civil:
"Artículo 102.- Denuncia civil
El demandado que considere que otra persona, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio, a fin de que se le notifique del inicio del proceso".

el denunciado será considerado como litisconsorte del denunciante y tendrá las mismas facultades que este.

f) Aseguramiento de pretensión futura

Regulada en el artículo 104 del Código adjetivo[276], que señala que la parte que considere tener derecho para exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia, puede solicitar el emplazamiento del tercero con el objeto de que en el mismo proceso se resuelva además la pretensión que tuviera contra él.

g) Llamamiento posesorio

Según el artículo 105 del Código Procesal Civil[277], quien teniendo un bien en nombre de otro (por ejemplo, un inquilino) es demandado como poseedor de él, debe expresarlo en la contestación de la demanda, precisando el domicilio del poseedor, bajo apercibimiento de ser condenado en el mismo proceso a pagar una indemnización por los daños y perjuicios que su silencio cause al demandante, además de la multa prevista en el artículo 65 del Código adjetivo. Para el emplazamiento al poseedor designado se seguirá el trámite que para la denuncia civil contempla el artículo 103 del Código Procesal Civil. En el caso de que el citado comparezca y reconozca que él es el poseedor, reemplazará al demandado, quien quedará fuera del proceso; caso contrario, si el citado no comparece o, haciéndolo, niega su calidad de poseedor, el proceso continuará con el demandado, pero la sentencia surtirá efecto respecto de este y del poseedor por él designado.

(276) Código Procesal Civil:
"Artículo 104.- Aseguramiento de pretensión futura
La parte que considere tener derecho para exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia, puede solicitar el emplazamiento del tercero con el objeto de que en el mismo proceso se resuelva además la pretensión que tuviera contra él".

(277) Código Procesal Civil:
"Artículo 105.- Llamamiento posesorio
Quien teniendo un bien en nombre de otro, es demandado como poseedor de él, debe expresarlo en la contestación a la demanda, precisando el domicilio del poseedor, bajo apercibimiento de ser condenado en el mismo proceso a pagar una indemnización por los daños y perjuicios que su silencio cause al demandante, además de la multa prevista en el artículo 65. Para el emplazamiento al poseedor designado se seguirá el trámite descrito en el artículo 103".

h) Llamamiento en caso de fraude o colusión

Normado en el artículo 106 del Código Procesal Civil[278], cuando en cualquier etapa del proceso se presuma fraude o colusión entre las partes, puede el juez, de oficio, ordenar la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, a fin de que hagan valer sus derechos, siendo que el juez puede suspender el proceso por un plazo no mayor a treinta días. El fraude procesal es un acto doloso destinado a desnaturalizar el normal desarrollo de un proceso, provocando situaciones injustas que afecten los intereses de una o ambas partes y, eventualmente, de terceros[279], siendo este último el supuesto que regula este artículo bajo comentario, que busca evitar que prosperen procesos simulados cuya finalidad es perjudicar derechos de terceros.

i) Sucesión procesal

Regulada en el artículo 108 del Código Procesal Civil[280], la sucesión procesal supone que al producirse la transmisión del derecho material objeto de la litis, por acto *inter vivos* o por acto *mortis causa*, el o los adquirentes asumen la calidad de parte, demandante y/o demandada, en reemplazo de su transferente. La idea es que si cambian los titulares de la relación material objeto de la litis durante el trámite del proceso, este no se paralice, sino que continúe con los nuevos titulares.

(278) Código Procesal Civil:
"Artículo 106.- Llamamiento en caso de fraude o colusión
Cuando en cualquier etapa del proceso se presuma fraude o colusión entre las partes, el Juez, de oficio, ordenará la citación de las personas que pueden resultar perjudicadas, a fin de que hagan valer sus derechos. Para tal efecto, el juez puede suspender el proceso por un plazo no mayor a treinta días".

(279) Casación N° 150-2006-Ayacucho, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema el 30 de octubre de 2006, y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de abril de 2007, p. 19190.

(280) Código Procesal Civil:
"Artículo 108.- Sucesión procesal
Por la sucesión procesal un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido. Se presenta la sucesión procesal cuando:
1. Fallecida una persona que sea parte en el proceso, es reemplazada por su sucesor, salvo disposición legal en contrario;
2. Al extinguirse o fusionarse una persona jurídica, sus sucesores en el derecho discutido comparecen y continúan el proceso;
3. El adquirente por acto entre vivos de un derecho discutido, sucede en el proceso al enajenante. De haber oposición, el enajenante se mantiene en el proceso como litisconsorte de su sucesor; o
4. Cuando el plazo del derecho discutido vence durante el proceso y el sujeto que adquiere o recupera el derecho, sucede en el proceso al que lo perdió.
En los casos de los incisos 1 y 2, la falta de comparecencia de los sucesores, determina que continúe el proceso con un curador procesal.
Será nula la actividad procesal que se realice después que una de las partes perdió la titularidad del derecho discutido. Sin embargo, si transcurridos treinta días no comparece el sucesor al proceso, este proseguirá con un curador procesal, nombrado a pedido de parte".

j) Extromisión

Conforme lo normado en el artículo 107 del Código adjetivo[281], la extromisión es el acto ordenado por el juez, mediante resolución debidamente motivada, por el cual dispone separar del proceso a un tercero legitimado, por considerar que su derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o por haberse comprobado su inexistencia. Liebman[282] afirma que se podría considerar a la extromisión de una parte como un fenómeno inverso a la intervención, es decir, como la salida de una parte del proceso, que se produce por efecto del pronunciamiento del juez, que libera o excluye a una parte de la participación ulterior en el proceso, y puede referirse tanto a una parte originaria cuanto a una parte que haya intervenido o haya sido llamada al proceso ya pendiente.

III. PERSPECTIVA DESDE EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

1. Los sujetos procedimentales: conciliador, solicitante e invitado

Conforme lo estipula el artículo 10 de la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación, la Audiencia de Conciliación se realiza en el local del centro de conciliación, contando con la presencia del conciliador extrajudicial y de las partes, solicitante e invitada[283]. Así, podemos afirmar que en un procedimiento conciliatorio vamos a encontrar como sujetos procedimentales al conciliador extrajudicial, al solicitante y al invitado, siendo que solo estos dos últimos tendrán la condición de ser partes procedimentales.

El solicitante es aquella persona (natural o jurídica) que va a presentar su solicitud de conciliación ante un centro de conciliación extrajudicial con la finalidad de intentar resolver una controversia señalada en la pretensión y dirigida contra el invitado; por su parte el invitado será la persona a la que se pretenderá emplazar con la solicitud de conciliación que contiene

(281) Código Procesal Civil:
"Artículo 107.- Extromisión
Excepcionalmente, en cualquier momento el Juez por resolución debidamente motivada, puede separar del proceso a un tercero legitimado, por considerar que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o haber comprobado su inexistencia.".

(282) Citado por RODRÍGUEZ DOMÍNGUE, Elvito A. Ob. cit., p. 60.

(283) Ley Nº 26872, Ley de Conciliación:
"Artículo 10.- Audiencia Única
La Audiencia de Conciliación es única y se realizará en el local del centro de conciliación autorizado en **presencia del conciliador y de las partes**, pudiendo comprender la sesión o sesiones necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley. Excepcionalmente, el Ministerio de Justicia podrá autorizar la realización de la audiencia de conciliación en un local distinto, el cual deberá encontrarse adecuado para el desarrollo de la misma" (el resaltado es nuestro).

la pretensión dirigida en su contra. No existe ningún inconveniente para que en un procedimiento conciliatorio se presenten pluralidad de personas que actúen tanto como solicitantes y/o invitados.

En nuestro marco normativo la conciliación extrajudicial es visualizada como un requisito de procedibilidad[284] al que debe recurrir el futuro demandante antes de intentar judicializar su controversia, actuando en el procedimiento conciliatorio como solicitante, mientras que el futuro demandado actuará en la conciliación en condición de invitado. Sin perjuicio de ello, no existe ningún inconveniente para que el procedimiento conciliatorio extrajudicial sea visualizado como una forma de evitar el inicio de un largo y tedioso juicio[285] o también como una forma de concluir un proceso judicial de manera distinta a la expedición de la sentencia[286].

Pero recordemos que tanto solicitante como invitado contarán con la ayuda de un conciliador extrajudicial, que es un tercero imparcial y neutral –es decir, es ajeno a los intereses en disputa y a las partes involucradas en la controversia–, capacitado y entrenado en la resolución de conflictos, que las asistirá creando un espacio de diálogo en la audiencia de conciliación a efectos de que ellas puedan llegar a un acuerdo que resuelva la controversia entre ellos y evite el inicio del proceso judicial posterior o concluya el proceso ya iniciado. El conciliador extrajudicial ejerce esta función conciliadora al interior de un centro de conciliación extrajudicial, encontrándose obligado a cumplir con los plazos, principios y formalidades del mismo, siendo que además de esta labor procedimental tiene como facultad proponer a las partes fórmulas conciliatorias respecto del fondo de la controversia, empero carece de todo poder de decidir la controversia, que sigue siendo facultad exclusiva de las partes como resultado de la coincidencia de sus voluntades.

(284) En este sentido, el mandato procesal por el cual se considera a la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad no lo tenemos en el Código Procesal Civil sino en el texto de la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación, cuyo artículo 6 prescribe que "(...) si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la Audiencia respectiva ante un centro de conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, **el juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar** (...)" (el resaltado es nuestro).

(285) El artículo 5 de la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación, es claro al preceptuar que "la Conciliación es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de conciliación extrajudicial a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto".

(286) El artículo 327 del Código Procesal Civil establece que "si habiendo proceso abierto, las partes concilian fuera de este, presentarán con un escrito el Acta de Conciliación respectiva, expedida por un centro de conciliación Extrajudicial".

Resulta pertinente reiterar que la realización de la audiencia de conciliación supone la reunión en una sesión conjunta (y eventualmente sesiones en privado o *caucus*) del conciliador extrajudicial con el solicitante y el invitado, con la finalidad de propiciar el restablecimiento del proceso de comunicación entre las partes, a fin de identificar el origen del conflicto, así como propiciar la generación de opciones que intenten poner fin a la controversia de manera mutuamente satisfactoria.

2. Concurrencia personal de las partes y casos de representación

El primer párrafo del artículo 14 de la Ley señala que la concurrencia de las partes a la Audiencia de Conciliación es personal, salvo las personas que conforme a ley deban actuar a través de representantes legales. Al ofrecer el procedimiento conciliatorio la posibilidad de efectuarse concesiones recíprocas entre las partes, el legislador ha preferido restringir la figura de la representación, señalando que la regla general será la de la concurrencia personal de las partes a la audiencia y, por excepción, admite la posibilidad que sean los representantes los que puedan apersonarse a la audiencia de conciliación en nombre de las partes que representan[287].

En la conciliación extrajudicial la representación supone la declaración de voluntad del representante que interviene a nombre, por cuenta y en interés del representado, surtiendo su declaración efectos directos respecto de la esfera jurídica del representado.

a) Personas naturales

Para el caso de las personas naturales, la regla general es la concurrencia personal, permitiéndose la concurrencia mediante representante solo en los casos debidamente acreditados de: i) incapacidad física temporal o permanente; o ii) cuando se domicilia fuera del distrito conciliatorio, ya sea en otro distrito conciliatorio o en el

(287) Reiteramos que el régimen de *representación procesal* presenta una serie de características aplicables en un proceso judicial, pero que no tienen eficacia para el procedimiento de conciliación extrajudicial, ya que un *poder para litigar* no puede ser empleado en un procedimiento conciliatorio, pues la normativa específica de conciliación (específicamente el artículo 14 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación) exige una serie de requisitos adicionales que no se exigen en un proceso judicial donde este tiene plena validez. Estos requisitos, de acuerdo a lo exigido en el precitado artículo 14 son: i) el poder debe ser otorgado mediante escritura pública; ii) debe tener facultades para poder conciliar extrajudicialmente; iii) debe encontrarse inscrito en los Registros Públicos si es que ha sido otorgado antes de la invitación para conciliar; iv) debe tener facultades para ser invitado a conciliar; v) debe tener facultades expresas para disponer del derecho materia de conciliación. Sobre la crítica que hemos efectuado respecto de la deficiente regulación de la representación en el procedimiento conciliatorio se puede consultar nuestro artículo: PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "Ya tengo el poder, pero en la conciliación no voy a poder". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 102, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2009, pp. 271-278.

extranjero, siendo que cualquiera de las dos situaciones deben acreditarse ante el centro de conciliación de manera documentada mediante la presentación del respectivo certificado médico o la constancia de movimiento migratorio o el certificado domiciliario. *A contrario sensu*, debemos entender que la representación para personas naturales, que en un proceso judicial normalmente se efectúa a través del conocido poder para litigar, no opera en el procedimiento conciliatorio cuando el solicitante y el invitado domicilian en el mismo distrito conciliatorio y no presentan ningún impedimento físico, siendo que en estos casos será de exigencia obligatoria la concurrencia personal de las personas naturales.

Es requisito indispensable de la representación, en los casos que esta proceda, que se efectúe mediante escritura pública, la que deberá contar con facultades expresas para conciliar extrajudicialmente, disponer del derecho materia de conciliación y poder ser invitado al procedimiento conciliatorio. Dicha escritura pública deberá encontrarse inscrita en Registros Públicos si es que hubiera sido otorgada antes de la fecha de invitación para conciliar.

b) Personas jurídicas

Las personas jurídicas se apersonarán a la Audiencia de Conciliación a través de sus representantes legales en el país, bastando exhibir el documento donde conste la designación, debidamente inscrita en Registros Públicos y con el certificado de vigencia de poder respectivo. El artículo 13 del Reglamento de la Ley de Conciliación complementa agregando que el gerente general o los administradores de las sociedades reguladas en la Ley General de Sociedades (Sociedad Anónima, Sociedad Colectiva, Sociedades en comandita, Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada y Sociedades Civiles); así como el administrador, representante legal o presidente del Consejo Directivo de las personas jurídicas reguladas en la Sección Segunda del Libro I del Código Civil (Asociación, Fundación y Comité), tienen, por el solo mérito de su nombramiento, la facultad de conciliar extrajudicialmente. La representación se acredita con la copia notarialmente certificada del documento donde conste el nombramiento, debidamente inscrito.

c) Incapaces absolutos y relativos

La regla general en la conciliación es que esta solo puede ser realizada por personas capaces. Por ello, cuando se trate de derechos y

bienes de incapaces absolutos o relativos que actúan a través de tutores o curadores, la conciliación se encuentra prohibida de realizarse, conforme a lo estipulado en el literal c. del artículo 7-A° de la Ley de Conciliación, incorporado por el Decreto Legislativo N° 1070. Recordemos que en los casos de incapaces absolutos y relativos, los eventuales actos de disposición de los derechos y bienes de los incapaces por parte de sus representantes requieren de manera forzosa de una autorización judicial, con lo cual resultaría inútil iniciar un trámite previo al judicial si es que al final de cuentas se requerirá de la autorización judicial para convalidar un acto extrajudicial.

Un caso distinto es la regulación referente a la posibilidad que los menores de edad que sean padres de menores actúen como representantes de sus hijos en temas de alimentos, régimen de visitas y tenencia, siendo que en este caso dichos menores –mayores de 14 años y menores de 18 años– dejarían de ser incapaces desde el nacimiento del hijo, al disponerlo el artículo 46 del Código Civil[288] que regula los casos de capacidad adquirida, y es un caso especial de representación legal derivada del ejercicio de la patria potestad.

3. La participación de otros sujetos procedimentales en el procedimiento conciliatorio

Como hemos visto, el procedimiento conciliatorio se realiza con la participación del conciliador extrajudicial, el solicitante y el invitado, estos dos últimos en su calidad de partes procedimentales, siendo que dicha participación se realiza en la audiencia de conciliación que no es más que la reunión de todos los intervinientes, en una o varias sesiones (de forma simultánea y eventualmente en privado) hasta por un plazo máximo de 30 días calendario, plazo prorrogable por acuerdo de las partes.

(288) Código Civil peruano:
"Artículo 46.- Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial.
(...)
Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:
1. Reconocer a sus hijos.
2. Demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.
4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos".
Debemos considerar además, que el artículo 12, numeral 3, del Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, señala que procede la conciliación en los casos de padres menores de edad que sean representantes de sus hijos en materias de **alimentos y régimen de visitas**. De allí se debe hacer una lectura sistemática para considerar que, en estos casos de capacidad adquirida, las materias conciliables son **alimentos, tenencia y régimen de visitas**.

Si bien es cierto que la presencia de las partes es estrictamente personal, tenemos la posibilidad que concurran a la audiencia de conciliación otras personas que no tienen la condición de partes procedimentales, pero sí de sujetos procedimentales.

Tenemos la participación del personal que brinda servicios de conciliación al interior del centro de conciliación extrajudicial, específicamente el secretario general, quien se encarga de recepcionar las solicitudes de conciliación y notificar las invitaciones para conciliar, así como expedir las copias certificadas del acta de conciliación; asimismo, tenemos la presencia del director del centro de conciliación, quien designa al conciliador para cada caso concreto[289]; y finalmente está el abogado del centro de conciliación, quien debe verificar la legalidad de los acuerdos conciliatorios, con lo que tenemos que su participación no es necesaria cuando los procedimientos conciliatorios concluyen sin acuerdo conciliatorio.

Empero existe la posibilidad que encontremos en un procedimiento conciliatorio a personas que pueden actuar en condición de **asesores o especialistas** y también los denominados **testigos a ruego**.

También tenemos la posibilidad de que se incorporen al procedimiento conciliatorio otras personas que tengan la condición de alimentistas, y otras personas que puedan verse afectadas por el acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes, siendo que su participación en el procedimiento conciliatorio resulta obligatoria como terceros.

a) Asesores o especialistas

El artículo 21, numeral 1 del Reglamento de la Ley de Conciliación (aprobado por Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS) menciona la posibilidad de que las partes puedan estar asesoradas por personas de su confianza o especialistas que coadyuven al logro de la conciliación, siendo que la participación de estos asesores o especialistas tiene por finalidad brindar información especializada a las partes, a fin que estas tomen una decisión informada, no debiendo de interferir en las

(289) Las funciones del director y del secretario general como Órganos de Dirección del centro de conciliación se encuentran precisadas en el artículo 48 del Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS, que precisa además que tanto el director como el secretario general del centro de conciliación deben ser conciliadores extrajudiciales.

decisiones de las partes ni asumir un rol protagónico durante las discusiones que se promuevan en la audiencia de conciliación[290].

De la regulación legal se desprenden una serie de características de la participación de los asesores o especialistas:

En primer lugar, debe asumirse que las partes pueden hacer uso de la facultad de ir acompañados a la audiencia de conciliación con un asesor o especialista, lo que constituye una prerrogativa de las partes mas no se constituye en una obligación. En este sentido, el hecho de que alguna de las partes vaya acompañada de un asesor o especialista y la otra parte no lo haga, o que ninguna lo haga, no invalida en modo alguno la realización de la audiencia.

En segundo lugar, debemos distinguir el rol de asesor del de especialista. Los asesores pueden ser cualquier tipo de personas, sean letradas o no[291], que podrán acompañar a cualquiera de las partes conciliantes –sean estas solicitante o invitado–, lo que abre la posibilidad que esta persona pueda ser cualquiera, sin importar el grado de instrucción, sino más bien el grado de confianza entre ellas; lo que nos lleva a afirmar que el asesor es cualquier persona que inspire confianza a la parte que acompaña y que la ayudará a tomar una decisión satisfactoria a sus intereses sobre la base de la apreciación objetiva y el sentido común. Por otro lado, se puede colegir que el especialista es una persona con conocimientos en determinada especialidad técnica o profesional y que su apoyo reside en su formación académica o práctica aplicable a la apreciación de determinado tema

(290) Reglamento de la Ley de Conciliación, Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS:
"Artículo 21.- Reglas de la Audiencia de Conciliación
Para la realización de la Audiencia de Conciliación deberán observarse las siguientes reglas: (...)
1. Las partes pueden estar asesoradas por personas de su confianza o especialistas que coadyuven en el logro de la conciliación. La participación de los asesores o especialistas tiene por finalidad brindar información especializada a las partes, a fin que estas tomen una decisión informada y no deberán de interferir en las decisiones de las partes ni asumir un rol protagónico durante las discusiones que se promuevan en la Audiencia de Conciliación (...)".

(291) En este sentido, la redacción del artículo 20, numeral 1, del derogado Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2005-JUS era un poco tendenciosa, al inducir la participación de abogados como asesores, en los siguientes términos:
Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2005-JUS (derogado)
"Artículo 20.- Reglas de la Audiencia de Conciliación.- Para la realización de la Audiencia de Conciliación deberán observarse las siguientes reglas: (...)
1. Las partes pueden estar asesoradas por personas de su confianza, **las cuales pueden ser abogados u otra especialidad profesional**. La participación de los asesores tiene por finalidad brindar información especializada a la parte asesorada para que esta tome una decisión informada. El asesor no deberá interferir en las decisiones de las partes ni asumir un rol protagónico durante las discusiones que se promuevan en la Audiencia de Conciliación (...)" (el resaltado es nuestro).

desde la perspectiva aportada por su formación y que servirá para que la parte que acompaña adopte una decisión sobre la base de criterios más objetivos.

En tercer lugar, vemos que el rol del asesor o especialista dentro de una audiencia de conciliación extrajudicial es particularmente específico y limitado. Decimos esto ya que el artículo bajo comentario señala taxativamente cuál es su función, que tiene por única finalidad brindar información especializada a la parte asesorada para que esta tome una decisión informada, lo que podría entenderse también como el hecho de ayudar a la parte que asesora a evaluar todas y cada una de las opciones de solución que se elaboren al interior de la audiencia y ver la conveniencia o no de adoptar dichas propuestas y su forma de redacción en el acta final.

En cuarto lugar, el marco normativo limita el accionar de los asesores y especialistas al prescribir que estos no deberán interferir en las decisiones de las partes ni asumir un rol protagónico durante las discusiones que se promuevan en la Audiencia de Conciliación, ya que en última instancia quienes toma la decisión serán las partes –y no los asesores ni los especialistas– y son estas las que van a intentar restablecer el proceso de comunicación roto por el conflicto, es decir, son las partes y el conciliador los que van a comunicarse y tener derecho a intervenir en el momento acordado. Esto podría entenderse como que los asesores tienen derecho a estar presentes en las audiencias, pero sin tener derecho a voz[292]. Claro está que esto puede trabajarse de manera menos rígida y admitir ciertas excepciones, como por ejemplo, cuando nos encontremos ante situaciones en que los asesores intervienen en un momento determinado de la audiencia para poder explicar con mayor detenimiento algún aspecto técnico por delegación de la parte que asesoran, o para poder complementar lo

(292) En este sentido, el artículo 17 del derogado primer Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 001-98-JUS mencionaba específicamente que los asesores no tenían derecho a voz, claro está que también disponía facultades muy amplias para el conciliador y las partes para objetar e impedir la presencia de un asesor en la audiencia de conciliación, en los siguientes términos:
Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo N° 001-98-JUS (derogado):
"Artículo 17.- Para la realización de la Audiencia de Conciliación deberán observarse las siguientes reglas:
(...)
1. Las partes pueden estar asesoradas por personas de su confianza, sean letrados o no. El conciliador no permitirá su presencia en el ambiente donde se lleve a cabo la Conciliación cuando, a su juicio, perturben o impidan el desarrollo de la misma, o cuando su presencia sea objetada por la otra parte sin necesidad de expresión de causa.
Los asesores, cuando su presencia se admita, podrán ser consultados por las partes, **pero no tendrán derecho a voz ni podrán interferir en las decisiones que se tomen** (...)" (el resaltado es nuestro).

dicho por sus asesorados, siendo requisito indispensable que el asesorado manifieste su intención de que sea el asesor el que haga uso de la palabra en su representación, como podría suceder en un caso en que el gerente de un empresa otorgue el uso de la palabra a su contador para que sea este quien explique cómo fue que se calculó tal o cual porcentaje de interés, o cuando se prefiere que sea el abogado el que exponga los hechos que originaron la presentación de la solicitud de conciliación. Lógicamente que esta disposición no impide que el asesor pueda tener algún tipo de diálogo con su asesorado, para lo cual el conciliador deberá velar porque estos diálogos entre asesor y asesorados no interfieran ni perjudiquen la dinámica propia de toda audiencia de conciliación.

Otro tema a resaltar es que en la conciliación no se aplica el principio de defensa cautiva –que rige de manera obligatoria para el proceso civil y por el cual la presencia del abogado es indispensable y obligatoria–. Con ello se admite que las partes puedan asistir a la audiencia de conciliación con un abogado que ejercerá el rol de ser asesor legal, pero que debe limitar su actuación a lo señalado por el marco normativo, es decir, no deberá confundir su participación en una audiencia de conciliación con su participación en un proceso judicial, y por lo tanto no deberá asumir un rol protagónico como una parte más, ni mucho menos deberá ser un factor que perturbe el desarrollo de la audiencia de conciliación. Al respecto, Abanto(293) señala que no es necesario armonizar el ejercicio de la defensa con el procedimiento conciliatorio, puesto que si un asesor, excediéndose en sus facultades, perturba o impide el desarrollo del procedimiento conciliatorio, el conciliador puede expulsarlo, sin que ello implique un recorte del derecho de defensa previsto en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución ni una contravención al artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y afirma esto al señalar que la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación, reconoce el carácter consensual de la conciliación extrajudicial, por lo que el acuerdo final a que se arribe al final del procedimiento conciliatorio debe ser fiel expresión de la voluntad de las partes, no la de sus asesores y mucho menos la del conciliador, que no es un juez.

Debemos suponer que cada parte tiene derecho a asistir a la Audiencia de Conciliación con un asesor, aunque el Reglamento no establece un límite en cuanto al número máximo de asesores que pueden

(293) ABANTO TORRES, Jaime David. *La conciliación extrajudicial y la conciliación Judicial: Un puente de oro entre los MARC´S y la justicia ordinaria*. 1ª edición, Grijley, Lima, 2010, pp. 143-147.

concurrir para asistir a cada una de las partes, aunque se deberá velar por mantener cierta proporcionalidad y equilibro en cuanto a la percepción de poder que cada una de las partes pueda percibir que podría aumentar o disminuir dependiendo de la cantidad de asesores que se encuentren presentes para respaldar su posición. Asimismo, debería recomendarse –particularmente en los temas de familia, donde los familiares tienden a formar alianzas o coaliciones con el familiar en conflicto y a antagonizar con la contraparte– que el asesor sea una persona neutral y que coadyuve al logro del acuerdo.

b) Testigos a ruego

Por otro lado, el artículo 16 de la Ley de Conciliación contempla la participación de un testigo a ruego, el cual deberá firmar e imprimir su huella digital en el acta de conciliación, para el caso de personas analfabetas o que por cualquier circunstancia no puedan firmar ni poner su huella digital en el acta de conciliación[294]. Esto complementa lo señalado en la parte final del numeral 1 del citado artículo 21 del Reglamento que contempla la participación de testigos a ruego, para el caso de personas analfabetas o que por cualquier circunstancia se encuentren impedidas de firmar. En estos casos, el testigo a ruego es designado por la parte respectiva y deberán suscribir el acta de conciliación en señal de conformidad[295].

Recordemos que, de acuerdo al artículo 16, *in fine*, del Reglamento de la Ley de Conciliación, uno de los requisitos de la invitación para conciliar que se cursa a las partes es señalar obligatoriamente que estas deben concurrir a la audiencia de conciliación acompañadas con un testigo a ruego en el caso que sean analfabetas o por cualquier

(294) Ley Nº 26872, Ley de Conciliación:
"Artículo 16.- Acta
(...)
En el caso que la parte o las partes no puedan firmar o imprimir su huella digital por algún impedimento físico, intervendrá un testigo a ruego quien firmará e imprimirá su huella digital. En el caso de los analfabetos, también intervendrá un testigo a ruego, quien leerá y firmará el Acta de Conciliación. La impresión de la huella digital del analfabeto importa la aceptación al contenido del acta. En ambos casos se dejará constancia de esta situación en el Acta (...)".

(295) Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS:
"Artículo 21.- Reglas de la Audiencia de Conciliación
Para la realización de la Audiencia de Conciliación deberán observarse las siguientes reglas: (...)
2. (...)
Para el caso de las personas analfabetas o que no puedan firmar la conciliación se llevará a cabo con la participación del testigo a ruego que aquellas designen y que deberá suscribir el Acta (...)".

circunstancia se encuentren impedidas de firmar[296]. Con ello tenemos que su presencia es obligatoria, y el hecho de que una de las partes que se encuentre impedida de firmar no concurra acompañada por un testigo a ruego hace imposible la realización de la audiencia de conciliación y la consecuente suscripción del acta de conciliación, cualquiera que sea el resultado del procedimiento conciliatorio.

El testigo a ruego no es un representante de la parte que acompaña, sino que es una persona que se limita a dar fe de la concurrencia de la parte impedida de firmar y de su manifestación de voluntad, sea esta positiva (mediante la aceptación de los términos del acuerdo conciliatorio) o negativa (por falta de acuerdo o por inasistencia de la contraparte). El precitado artículo 16 de la Ley señala que el analfabeto da su conformidad al contenido del acta mediante su impresión dactilar, y la participación del testigo a ruego complementa esta acción al dar fe de la realización de dicho acto, con lo que tenemos que la presencia de la parte y del testigo a ruego son complementarias y necesariamente deben darse de manera conjunta, pero la colocación de la huella digital del analfabeto en el acta impediría la interposición de cualquier acción judicial posterior destinada a invalidar la manifestación de voluntad del analfabeto. Lo mismo podríamos decir de la actuación conjunta en el caso de personas que no sean analfabetas pero que se encuentren impedidas de firmar el acta por cualquier motivo.

c) Otras personas con derecho alimentario

El artículo 12 del Reglamento de la Ley de Conciliación contiene una disposición muy particular que establece un requisito que solo se exige en el caso de las solicitudes que versen sobre pensión de alimentos. Efectivamente, el numeral 7 del precitado artículo señala: "Deberá indicar, en el caso de alimentos, si existen otras personas con derecho alimentario a fin de preservar los principios de buena fe y legalidad de la conciliación".

Esta disposición legal resulta discutible[297], toda vez que ni siquiera es exigida por el propio órgano jurisdiccional al momento de

(296) Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo N° 014-2008-JUS:
"Artículo 16.- Contenido de las invitaciones a conciliar
(...)
Adicionalmente, en las invitaciones, el Centro de conciliación deberá consignar obligatoriamente la indicación pertinente para que en el caso de personas analfabetas o que no puedan firmar, estas comparezcan acompañadas de un testigo a ruego".

(297) Respecto a la crítica formulada contra esta exigencia legal, Cfr.: PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "Se hace camino al andar: análisis crítico al recorrido que presenta el procedimiento conciliatorio". En:

interponer una demanda de alimentos. Estimamos que se parte de la premisa que las partes conciliantes podrían estar coludidas y actuarían de mala fe con la finalidad de perjudicar a un tercero (acreedor alimentista) con el acuerdo conciliatorio al que pudieran arribar, y por ello se exige que en este caso particular de alimentos el solicitante debe indicar obligatoriamente en su solicitud si conoce o no de la existencia de otras personas con igual o mejor derecho alimentario que el invitado a fin de que sean citadas a la audiencia respectiva. Algunos comentarios se hacen necesarios respecto a esta presunción legal contraria al principio de buena fe:

En primer lugar, es un hecho probable que la conciliación extrajudicial pueda ser empleada como un mecanismo para evadir acreencias alimentarias, empero esta situación de evasión no es patrimonio exclusivo de la conciliación, pues también puede darse al interior de un proceso judicial por alimentos, en donde además no se obliga al juez a requerir información al demandante ni este se encuentra obligado a señalar en su demanda respecto de la indicación obligatoria de la existencia de otros terceros con los que de manera concurrente tendría la condición de alimentistas. Por ello, y hasta que no se demuestre lo contrario, debe pensarse que la conducta de las partes se enmarca dentro del principio de la buena fe.

Otro aspecto a considerar, derivado de lo anterior, es que si el solicitante manifiesta que no existen o desconoce de la existencia de otras personas con derecho alimentario, no habría forma de saber si este dato resulta verdadero, por lo que debe seguir presumiéndose un accionar enmarcado dentro de la buena fe.

Si se indica en la solicitud la existencia de otras personas con igual o mejor derecho alimentario, estos deberán ser incorporados de manera obligatoria al procedimiento conciliatorio y, en consecuencia, deben ser citados a la audiencia de conciliación respectiva. Si concordamos esto con lo dispuesto por la parte final del artículo 15 del Reglamento, si estos terceros, a pesar de estar válidamente citados, no concurren, entonces las partes solo podrán conciliar en la parte que les concierne a ellas sin afectar el derecho de estos terceros.

Consideramos que la intención de requerir este dato a los solicitantes es buena, pero poco práctica en la realidad toda vez que la sola

Revista Jurídica del Perú. N° 118, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2010, pp. 315-345.

existencia de un acreedor alimentario no significa necesariamente que estará interesado en accionar para exigir su derecho. Por otro lado, la parte solicitante podría mentir al afirmar desconocer de la existencia de otras personas con derecho alimentario, o conociendo de su existencia no necesariamente sabría sus domicilios a efectos de que sean incorporados al procedimiento conciliatorio, o siendo estos válidamente notificados demuestran su desinterés al no concurrir al procedimiento conciliatorio. Si la idea es proteger a los acreedores alimentarios, estimamos que ellos no se encuentran en situación de desamparo porque tienen expedita la vía del prorrateo a fin de efectivizar su derecho a una pensión alimenticia.

Finalmente, debemos recordar que los temas de pensión de alimentos, al igual que todos los temas de familia, han sido declarados facultativos en mérito de la Ley Nº 29876 que los ha incorporado en el artículo 9 de la Ley de Conciliación relativo a las materias conciliables facultativas, razón por la cual ya no se exige el cumplimiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, aunque la técnica legislativa empleada ha sido deficiente, pues se sigue considerando estos temas en el artículo 7 de la Ley de Conciliación que regula las materias conciliables obligatorias.

d) Otras personas que puedan verse afectadas por el acuerdo conciliatorio

La parte final del artículo 15 del Reglamento[298] contiene una disposición relativa a la incorporación obligatoria de terceros al procedimiento conciliatorio. Se señala que en caso de que el acuerdo al que pudieran arribar las partes afecte el derecho de terceros, para continuar la audiencia de conciliación estos deberán ser citados e incorporados al procedimiento conciliatorio. Como vemos, queda a discreción del conciliador extrajudicial determinar si existen estos terceros a los cuales el posible acuerdo podría afectar, y deberá requerir a las partes el domicilio de estos terceros a efectos de citarlos para continuar con la realización de la audiencia de conciliación.

Empero, la disposición legal va más allá, pues determina que si estos terceros, a pesar de estar válidamente citados, no concurren,

(298) Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS:
"Artículo 15.- (...)
En caso el acuerdo al que pudieran arribar las partes afecte el derecho de terceros, para continuar la audiencia de conciliación estos deberán ser citados e incorporados al procedimiento conciliatorio. En caso los terceros a pesar de estar válidamente notificados no asistan a la audiencia convocada, las partes podrán llegar a acuerdos sobre las materias que únicamente les afecte a ellos (...)".

entonces las partes solo podrán conciliar en la parte que les concierne a ellas, lo que supone que el límite a la libertad de estas partes sería la no vulneración del derecho de los terceros, a pesar de que estos no concurran a la audiencia. En los temas de Derecho Civil patrimonial esta disposición equivale en la práctica a iniciar un mini procedimiento concursal que resultaría poco útil y muy engorroso, sobre todo si apreciamos que constituye una limitación al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, toda vez que debería considerarse que la inconcurrencia de los terceros supone un desinterés en reclamar su supuesto derecho y habilitaría a las partes a conciliar aun disponiendo de parte del derecho del tercero. Por otro lado, estimamos que debería dejarse de lado la presunción de la mala fe de las partes conciliantes (que podría darse en algunos casos, pero que aun así tendría que demostrarse) para dar cabida a la presunción de un accionar guiado en la buena fe, presunción *iuris tantum* que, además, es un principio de la institución conciliadora.

Algunos ejemplo citados por Hurtado[299] pueden sernos de mucha utilidad en un procedimiento conciliatorio para suponer en qué casos podríamos encontrarnos frente a la posibilidad de incorporar obligatoriamente a un tercero:

- Se presenta un supuesto de litisconsorcio necesario cuando A demanda la ineficacia del acto jurídico realizado por su apoderado (B), quien excediendo sus facultades (falso procurador - art. 161 del Código Civil) quien transfirió un inmueble de su propiedad a C, la relación jurídica procesal no se constituirá válidamente si el proceso solo es entre A (demandante) y B (demandado), pues existe la necesidad de emplazar a C, entonces la parte demandante estará constituida por A y la parte demandada por B (apoderado) y C (comprador). El efecto de la sentencia favorable (estimatoria) o desfavorable (desestimatoria) afectará a los sujetos que integran la parte demandada.

- De igual manera, es supuesto de litisconsorcio necesario cuando A miembro de una sucesión indivisa (heredero) demanda la partición de la masa hereditaria (al amparo de lo regulado por el artículo 865 del Código Civil) para establecer su porcentaje de participación y hacerla efectiva, siendo que en este caso todos los

(299) HURTADO REYES, Martín. Ob. cit., pp. 719-721.

coherederos necesariamente deben aparecer integrando la parte demandada.

- Lo mismo ocurre en el proceso judicial de retracto, que según prescripción contenida en el artículo 496 del Código Procesal Civil, quien demanda es el retrayente y quienes deben aparecer conformando la parte demandada son el vendedor (enajenante) y el comprador (adquirente) del bien objeto del retracto.
- De manera similar, podríamos hablar de litisconsorcio necesario cuando A (demandante) demanda a B (demandado) desalojo por vencimiento de contrato de arrendamiento, y en el proceso se determina que B ocupa el bien inmueble con C que no ha sido emplazado, siendo que para que la relación jurídica procesal sea válida C tiene que ser emplazado adecuadamente a efectos de que sea integrado a la relación jurídica procesal como litisconsorte necesario.
- En los procesos de tercería, la parte pasiva debe estar integrada necesariamente por la parte demandante y demandada del proceso principal, no siendo admisible una sentencia válida si no se integran como sujetos pasivos del proceso de tercería a estas partes.
- Otro ejemplo lo tenemos regulado en el Código Civil cuando dice que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente; en este caso, las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás deudores solidarios mientras no resulte pagada la deuda por completo (conforme prescripción contenida en el artículo 1186 del Código Civil; no obstante la naturaleza de la obligación que vincula a los deudores solidarios, para que en el proceso se produzca una relación jurídica válida, no es imperativo emplazar a todos los deudores. La relación procesal producida con el o los deudores solidarios emplazados es válida.

e) Supuestos no previstos en la norma

Si bien es cierto la norma ha contemplado la participación en la audiencia de conciliación de los testigos a ruego, no existe disposición similar a la señalada en el artículo 195 del Código Procesal Civil que contemple la participación de traductores o intérpretes cuando cualquiera de las partes o los testigos no entiendan o no se expresen en

castellano. Estimamos que de manera similar a como se indica que las partes deben concurrir obligatoriamente acompañadas de un testigo a ruego, también debería señalarse obligatoriamente la obligatoriedad de concurrir acompañadas de un intérprete o traductor en el caso de que no hablen el idioma castellano.

Esto mismo también podría contemplarse como exigencia para aquellas personas, como los sordomudos, que puedan expresar su voluntad de manera indubitable mediante el lenguaje de señas, pero que no estarían en capacidad de iniciar una comunicación eficiente con su contraparte toda vez que esta no domina dicha forma de comunicación.

IV. CONCLUSIONES

Este breve paralelismo pone en evidencia que la lógica procesal a la que estamos acostumbrados como operadores jurídicos al operar al interior de un proceso judicial no necesariamente se va a aplicar de la misma forma y con los mismos criterios al interior de un procedimiento conciliatorio extrajudicial.

Vemos que los roles de juez y de conciliador son distintos, ya que pertenecen a sistemas de resolución de conflictos distintos. El juez tiene como función principal la de decidir la solución del conflicto de intereses siendo que el proceso forma parte de un sistema de resolución de conflictos heterocompositivo donde la función del tercero da cierta predictibilidad al acto de resolución, que se da en un proceso de naturaleza pública y regulada por el Código Procesal Civil. En el caso del conciliador, y en tanto pertenece a un sistema autocompositivo de resolución de conflictos, de naturaleza privada y regulado por la Ley de Conciliación, este carece de facultades coercitivas y de la capacidad de resolver la controversia, que será expresión de la voluntad de las partes, limitándose a guiar el procedimiento, acercar a las partes en disputa y, eventualmente, sugerir formas de solución que podrían ser aceptadas por las partes.

La función de los abogados, que en un proceso judicial tiene un rol predominante y obligatorio en el desarrollo de los actos procesales por el principio de defensa cautiva, en la conciliación se subsume a la regulación legal de la concurrencia con asesores o especialistas, siendo que no resulta obligatorio concurrir a la audiencia de conciliación con abogado, y en los casos de concurrencia el abogado debe limitar su conducta procedimental evitando actuar como una parte adicional y mucho menos adoptando comportamientos que perturben el desarrollo de la audiencia de conciliación.

En la conciliación se ha previsto la concurrencia obligatoria de testigos a ruego, pero se contempla únicamente para los casos de analfabetos o personas que por cualquier circunstancia se encuentran impedidas de firmar o colocar su huella digital. No habría ningún inconveniente en aceptar la posibilidad de aplicación supletoria de la norma procesal para ampliar esta obligatoriedad de concurrencia de las partes acompañadas de traductores o intérpretes, cuando no hablen el idioma castellano o se comuniquen con lenguaje de señas.

Por otro lado, la norma ha establecido como regla general que la concurrencia de las personas naturales a la audiencia de conciliación debe ser personal, limitando los casos en los que se admite la representación a la incapacidad física o domiciliar fuera del distrito conciliatorio. Si bien es cierto existe un régimen de representación procesal regulado por el Código Procesal Civil mediante la figura del poder para litigar, ese régimen no resulta aplicable en la conciliación extrajudicial, que establece un régimen más formal y rígido que limita el accionar de los representantes a menos que adecuen su representación a las exigencias formales señaladas en la norma específica sobre conciliación.

Respecto a la intervención de terceros, la regulación de la norma sobre conciliación contempla una especie de intervención forzosa en dos supuestos: en el caso de otros alimentistas que pudieran verse afectados por un acuerdo conciliatorio previo, para lo cual se debe consignar de manera obligatoria en la solicitud de conciliación de la existencia o no de aquellos; y en el caso genérico de otras personas que pudieran verse afectadas por el acuerdo conciliatorio suscrito entre el solicitante y el invitado. En ambos casos, para que el procedimiento conciliatorio pueda seguir desarrollándose estos terceros deben ser emplazados para que concurran a la audiencia, y en caso de inconcurrencia se limita la voluntad de las partes solicitante e invitada, pues solo pueden llegar a acuerdos que no afecten los derechos de estos terceros. Luego, existen casos de intervención forzosa (como en el caso de tercerías, copropietarios, retracto y otros) en los que deberá aplicarse, supletoriamente, la regulación adjetiva sobre litisconsorcio e intervención de terceros.

Esperamos que el uso recurrente de la conciliación extrajudicial dentro de un esquema de obligatoriedad como requisito de procedibilidad pueda superar estas diferencias existentes con la visión procesal, y que los sujetos procedimentales puedan, paulatinamente, alcanzar un desempeño eficiente que permita coadyuvar al logro de la finalidad abstracta del proceso como es la resolución del conflicto de intereses y al restablecimiento de la paz social en justicia.

CAPÍTULO XV

SUGERENCIAS PARA SUPERAR EL DEFICIENTE TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA REPRESENTACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO



CAPÍTULO XV

SUGERENCIAS PARA SUPERAR EL DEFICIENTE TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA REPRESENTACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

"Cuando muera quiero que me incineren y que el diez por ciento de mis cenizas sean vertidas sobre mi representante"

Groucho Marx

I. INTRODUCCION

El marco normativo de la Conciliación Extrajudicial introducido con la modificatoria efectuada a la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, mediante el Decreto Legislativo N° 1070 publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008, y complementada con la promulgación del nuevo Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, publicado en el diario oficial el 30 de agosto de 2008, adolece en su conjunto de una serie de incongruencias que afectan el normal desarrollo de la institución conciliadora en el país y que debemos advertir a fin de corregir la normativa que regula el ejercicio de la función conciliadora a fin de no encontrarnos frente a formalismos legales que acartonen el empleo de este eficiente mecanismo alternativo de resolución de conflictos(300) (301).

(300) Por citar algunos ejemplos que evidencian estas incongruencias, diremos que el Decreto Legislativo N° 1070 procedió a modificar la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, pero si contrastamos el régimen de las materias conciliables que este cuerpo normativo regula en el artículo 7-A (incorporado por el Decreto Legislativo N° 1070) y en el artículo 9 vemos que no existe correlato con lo que señala el respectivo Reglamento de la Ley como norma de desarrollo en su artículo 8. Por su parte, debemos recordar que el Reglamento de la Ley de Conciliación, Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, fue publicado en el diario oficial el 30 de agosto de 2008, pero con fecha 11 de setiembre de 2008 fue publicada una extensa **fe de erratas**, por la cual se subsanaron omisiones y errores del texto original del referido Reglamento.

(301) En este sentido, con anterioridad hemos procedido a comentar el Proyecto de Ley N° 1910/2007-PE, que fuera presentado por el Poder Ejecutivo con fecha 27 de noviembre de 2007 para modificar la Ley de Conciliación. Cfr.: "Conciliación Extrajudicial: a marchas y contramarchas (A propósito de los diez años de la promulgación de la Ley de Conciliación y el proyecto de ley que pretende modificarla)", publicado en: *Actualidad Jurídica*. Tomo 174, Gaceta Jurídica. Lima, mayo de 2008, pp. 92-100. De manera similar, hemos comentado el marco legal ofrecido por el anterior Reglamento de la Ley de conciliación en nuestro artículo "Apostillas al Nuevo Reglamento de la Ley de Conciliación (Breves comentarios sobre el Decreto

Es objeto del presente trabajo poner énfasis en el estudio de un tema que consideramos medular, a fin de permitir la viabilidad de diversos procedimientos conciliatorios como es el de la figura de la representación, a fin de proponer sugerencias para una adecuada implementación y sincerar su tratamiento normativo en la conciliación asimilándola a la figura del apoderado judicial, figura que sin muchos formalismos se viene empleando de manera eficiente al interior del proceso civil.

II. LA REPRESENTACIÓN

Según el artículo 145 del Código Civil, "el acto jurídico puede ser realizado mediante representante (...)". Este postulado resulta una superación del Derecho Romano que señalaba el principio *alteri stipulari nemo potest* (ninguno puede estipular para otro) por el cual ningún acto jurídico podía ser realizado a través de representante [(302)]. Este artículo regula el instituto de la **representación directa**, que es el instituto jurídico que permite que una persona denominada "representante" realice actos jurídicos en nombre de otra persona denominada "representado" con la finalidad de que los efectos del acto jurídico celebrado tengan efectos en la esfera jurídica de este último, siempre que el representante actúe dentro de los límites de las facultades que le han sido conferidas[(303)]. Es decir, nuestro ordenamiento jurídico permite sin ningún inconveniente que los actos jurídicos puedan ser realizados mediante representante, salvo disposición contraria de la ley.

Javier de Belaúnde señala que el representante es una persona que actúa en nombre de otra persona y cuyos actos son eficaces respecto de esta y la vinculan, pero no constituyen su voluntad. Cuando un representante realiza

---

Supremo N°004-2005-JUS y su incidencia en los conciliadores y en el procedimiento conciliatorio)", publicado en *Lucerna Iuris. Análisis y opinión jurídica*. Publicación del Centro de Altos Estudios e Investigaciones Jurídicas. Año I, N° 1, Arequipa, julio de 2008, pp. 102-129. Y finalmente se ha hecho un análisis general del nuevo marco normativo de la conciliación extrajudicial en el Perú en nuestro artículo "El Fin de la Conciliación", publicado en: *Actualidad Jurídica*. Tomo 180, Gaceta Jurídica. Lima, noviembre, 2008, pp. 88-103.

(302) Resulta interesante lo señalado por Giovanni Priori Posada al comentar la evolución histórica de la institución de la Representación, pues señala que esta no era conocida en el Derecho Romano, pero posteriormente algunos postulados del derecho canónico posteriormente desarrollados por la escolástica española y la escuela del derecho natural comenzaron a definir el actual concepto de lo que hoy en día conocemos como representación directa. Posteriormente se recoge el principio –en vía de excepción–, en el *Code Civile*, al señalarse que por regla general, no es lícito obligarse ni estipular en su propio nombre sino para sí mismo; proceso que culmina con el BGB alemán que deja de reconocer al instituto de la representación como un instituto excepcional, estableciéndolo como regla general al señalar que todos los negocios jurídicos podían ser celebrados por un representante, tendencia seguida posteriormente por el Código Civil italiano de 1942. Cfr.: *Código Civil comentado*. Tomo I (Título Preliminar, Derecho de las personas, Acto Jurídico), Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2003, pp. 640 y 641.

(303) Ibídem, p. 641.

actos jurídicos no emite la voluntad de la persona que representa, sino que actúa en nombre de esta, pues la actuación del representante se encuadrará dentro de la teoría de la representación del acto jurídico, según la cual el representante actúa en nombre del representado y sus actos producen efectos directamente respecto a este, si son realizados dentro del poder otorgado[304].

El mismo artículo 145 del Código Civil señala que la facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley. El acto jurídico por medio del cual se otorga la representación se le denomina "poder" y tiene como características ser unilateral y recepticio, por medio del cual el representante resulta obligado a ejercer la representación, lo que supone la existencia de una relación jurídica entre el representante y el representado. Por otro lado, cuando la fuente de la representación se encuentra establecida en la ley, esta lo hace por consideración de la declaración de incapacidad de obrar de algunas personas y la necesidad de que estas puedan actuar en el tráfico jurídico estableciendo la persona que representará al incapaz. Aunque, la ley también puede otorgar representación legal por consideraciones distintas a la incapacidad, como sucede en el caso de la sociedad conyugal[305].

III. EL APODERADO JUDICIAL

El apoderado judicial es aquella persona natural que cuenta con capacidad procesal, autorizada por otra persona –natural o jurídica– para comparecer en un proceso en su lugar y seguir la secuela procesal.

Por otro lado, la comparecencia al proceso civil en representación de alguien que es parte material del mismo se puede dar, de acuerdo al artículo 72 del Código Procesal Civil, mediante poder otorgado por escritura pública o por poder otorgado por acta ente el juez del proceso, siendo que en el primer caso para su eficacia procesal no requiere estar inscrito en los Registros Públicos.

Un caso adicional de posibilidad de conferir poder lo tenemos mediante el acta de sesión de directorio o de junta general de socios debidamente inscrito en los Registros Públicos (en el caso de las sociedades comerciales). Asimismo, según la Ley Nº 26789 se establece una presunción legal acerca de las asociaciones, fundaciones y comités, lo mismo que en el caso de las sociedades comerciales y civiles contempladas en la Ley General de Sociedades (según la Ley Nº 26539); esta presunción establece que bastará el solo nombramiento

(304) Ob. cit., pp. 392.
(305) Ob. cit., pp. 645-646.

del administrador, representante legal, presidente del consejo directivo o gerente, según sea el caso, para contar con poder de representación procesal, a menos que los estatutos o por acuerdo de junta general se establezca lo contrario. Y precisamente, dicho nombramiento no siempre consta en escritura pública (aunque debe ser debidamente inscrito)[306].

Otro caso a considerar lo tenemos en los colegios profesionales, que son personas jurídicas de derecho público interno en razón a que estas instituciones son creadas por Ley, y su creación no necesariamente se inscribe en los Registros Públicos por lo que en base a ello, tal como lo señala la Resolución Nº 431-2002-SUNARP/SN de fecha 27 de setiembre de 2002 los colegios profesionales no estan obligados a inscribirse en los Registros Públicos y por ende tampoco se encuentran obligados a registrar a su representantes legales.

De conformidad con los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil, la representación judicial conferida al apoderado a través del poder, conocida comunmente como poder para litigar, le concede facultades generales o especiales.

En este sentido, las facultades generales de representación le otorgan al apoderado las atribuciones y potestades con que cuenta el representado (salvo aquellas que por ley requieran de facultades expresas), las mismas que se entienden otorgadas mientras dure el proceso, legitimando al representante para la realización de todos los actos procesales a excepción de aquellos en que sea necesaria la participación personal y directa del representado.

Las facultades especiales de representación se rigen por el principio de literalidad, que condiciona la existencia de facultades a la indicación expresa en el poder del acto de que se trate, concediendo al apoderado las atribuciones y potestades de realizar, en general, actos de disposición de derechos sustantivos (cuyo titular sea el representado), así como demandar, reconvenir, contestar demandas, contestar reconvenciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones materia de controversia, sustituir y delegar la representación procesal así como realizar los demás actos que exprese la ley y que haya autorizado el representado en el poder correspondiente.

En acertada opinión de Alberto Hinostroza, el otorgamiento de facultades especiales que se haga con remisión al artículo 75 del Código Procesal Civil ("conferimos poder a ... para la realización de todos los actos contemplados en el artículo 75 del Código Procesal Civil...") resulta suficiente para

(306) HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Comentarios al Código Procesal Civil.* Tomo I, reimpresión actualizada, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2004. p. 162.

que el apoderado judicial realice todos los actos previstos en dicho numeral; y opina en este sentido debido al hecho que existen órganos jurisdiccionales que, evidenciando desconocimiento del tema y una pobre incapacidad de interpretación, exigen la reproducción en el poder del texto íntegro del artículo 75 del código adjetivo, aun cuando se haya hecho expresa e íntegra remisión a este precepto legal[307].

Además, el artículo 76 del Código adjetivo referente al apoderado común, señala que cuando diversas personas constituyan una sola parte material, es decir, detentan la condición de litisconsortes, tendrán que actuar conjuntamente o deberán designar apoderado común, ya que a pesar de que cada litisconsorte procede con autonomía, uno respecto del otro, en muchos casos se hace imperativo por razones de economía procesal, unificar la personería de los litisconsortes por medio de un solo representante o apoderado común. Esta posibilidad se repite en el artículo 65 del Código Procesal Civil referente a la representación procesal del patrimonio autónomo, el mismo que existe cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica (como el caso de los cónyuges, copropietarios, etc.). Recordemos que la representación del patrimonio autónomo se da por cualquiera de los que lo integran cuando actúen como demandantes, pero la representación se da por todos los que lo conforman si es que tienen la calidad de demandados.

IV. DE LA OBLIGATORIEDAD DE CONCURRENCIA PERSONAL AL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO[308]

Recordemos que el procedimiento conciliatorio se inicia formalmente con la presentación de la solicitud de conciliación (que puede darse de manera verbal o escrita, individual o conjunta), y el artículo 12 del Reglamento señala cuales son los requisitos de esta solicitud.

Debemos tener presente que existe la premisa que, conforme al artículo 6 de la Ley como la parte final del artículo 15 de la Ley, se instaura un Régimen de Obligatoriedad de Concurrencia Personal de las Partes a la Audiencia de

(307) HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Ob. cit., p. 166.

(308) Debemos precisar que la exigencia de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para la interposición de una demanda se encuentra restringido al ámbito de aplicación territorial de la obligatoriedad de concurrencia de la conciliación extrajudicial, que en virtud de las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo Nº 1070, según su primera disposición final, entrará en vigencia progresivamente en los diferentes distritos conciliatorios del país según calendario oficial que deberá ser aprobado mediante decreto supremo, excepto en los distritos conciliatorios (o provincias) de Lima, Trujillo y Arequipa así como el Distrito Judicial del Cono Norte de Lima, salvo la provincia de Canta, en los cuales ya se encuentran en plena aplicación puesto que se estableció un plazo de 60 días calendario desde la fecha de su publicación para su entrada en vigencia.

Conciliación, puesto que de su tenor se desprenden varias sanciones a la parte que no concurre a la audiencia de conciliación, a saber:

a) Si la parte demandante no solicita ni concurre a la audiencia de conciliación extrajudicial, el juez al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar.

b) La inasistencia de la parte invitada a la audiencia de conciliación produce en el proceso judicial que se instaure, presunción legal relativa de verdad sobre los hechos expuestos en el acta de conciliación y reproducidos en la demanda.

c) La misma presunción legal relativa de verdad se aplicará a favor del invitado que asista y exponga los hechos que determinen sus pretensiones para una probable reconvención, en el supuesto de que el solicitante no asista[309].

d) El juez debe imponer en el proceso una multa no menor de dos ni mayor de diez **unidades de referencia procesal** a la parte que no haya asistido a la audiencia.

Como hemos indicado en trabajos anteriores, resulta plausible la implementación de este régimen de obligatoriedad de concurrencia de las partes a la audiencia de conciliación extrajudicial, a fin de generar un comportamiento reiterado y constante en los usuarios del sistema de administración de justicia a fin de obligarlos a pasar por una instancia previa de conciliación, comportamiento reiterado que en algún momento se convertirá en costumbre y luego en cultura de paz (entendida como el comportamiento aceptado

Luego de ello, se ha venido estableciendo un **Cronograma de implementación progresiva de la obligatoriedad de la conciliación previa como requisito de procedibilidad** que abarca varios distritos conciliatorios.

Comentario aparte merece el hecho de que la tercera disposición complementaria final del Reglamento de la Ley de Conciliación, felizmente precisado por la cuarta disposición complementaria transitoria del Decreto Supremo N° 006-2010-JUS, señala que cada Provincia de cada Departamento se considera como un Distrito Conciliatorio, con excepción de la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao que constituyen un solo Distrito Conciliatorio.

(309) Somos de la opinión de que la prohibición de reconvenir en un proceso judicial al invitado que no concurre a la audiencia de conciliación tiene como fundamento precisamente obligarlo a concurrir al procedimiento conciliatorio, por ello solo debería bastar la concurrencia de la parte invitada a la audiencia para habilitarlo a formular una reconvención (tal y como contemplaba originalmente el Proyecto de Ley N° 1910/2007-PE), sin tener que exigirle que además exponga los fundamentos de su reconvención, toda vez que estos fundamentos recién podrán ser esgrimidos cuando se presente la demanda, sobre la base de las pretensiones determinadas y determinables que se plasmen en el acta. Además, tal y como está concebido el régimen, si la sola concurrencia del invitado no lo habilita para plantear su reconvención, sugeriríamos que vaya acompañado de un abogado a la audiencia de conciliación para evaluar la posibilidad de argumentar su posible reconvención y que esta se encuentre plasmada de manera mínima en el acta.

pacíficamente por la mayoría del grupo social de que, en el caso de ocurrir un conflicto, la primera opción será concurrir a la conciliación).

V. LA REPRESENTACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

1. Regla general: concurrencia personal

Se ratifica el régimen de concurrencia personal como la regla imperante en el procedimiento conciliatorio cuando el artículo 14 de la ley establece que "(...) la concurrencia a la audiencia de conciliación es personal, salvo las personas que conforme a Ley deban actuar a través de representante legal (...)". En principio, se afirma como fundamento de la exigencia de la concurrencia personal que son solo las partes las únicas que conocen el problema que las enfrenta y saben cuáles son los intereses que desean satisfacer, y en tanto la conciliación propicia el restablecimiento de la comunicación entre las partes, este deberá hacerse de manera personal entre ellas mismas.

Claro está que debemos entender –en vía de excepción a la regla– que la disposición legal por la que se permite que las personas que conforme a ley deban actuar a través de representantes legales pueden concurrir al procedimiento conciliatorio, merece ser analizada con mayor detenimiento, pues por disposición expresa del literal c) del artículo 7-A de la ley, no procede la conciliación cuando se trate de derechos y bienes de incapaces a que se refieren los artículos 43 y 44 del Código Civil, los mismos que deben actuar a través de sus respectivos representantes, razón por la que no se encuentran inmersos dentro de este supuesto de excepción.

2. Excepciones a la regla de la concurrencia personal

En este sentido el segundo párrafo del artículo 14 de la Ley de Conciliación señala dos clases de excepciones a la regla de la concurrencia personal: la primera referida únicamente a las personas domiciliadas en el extranjero o en distintos distritos conciliatorios, y la segunda que se aplica a personas impedidas de trasladarse al centro de conciliación. No constituye una excepción a la regla de la concurrencia personal, pero es un tercer caso que admite la representación, el hecho de que nos encontremos frente a la presencia de personas jurídicas, las mismas que por mandato legal deben actuar a través de representantes o apoderados.

En este orden de ideas, se puede otorgar representación debido a la incapacidad de concurrencia por domiciliar fuera del territorio nacional o en otro

distrito conciliatorio, que deberá ser acreditada con la constancia de movimiento migratorio o certificado domiciliario. Asimismo, la imposibilidad de concurrencia del solicitante a la sede del centro de conciliación deberá consignarse en la solicitud a fin de aceptar la representación en vía de excepción a la regla de la concurrencia personal a la audiencia de conciliación. La representación, tanto del solicitante como del invitado, se da únicamente por supuestos de incapacidad física (temporal o permanente) que deberán ser acreditados mediante certificado médico emitido por institución de salud según lo señala el artículo 14 del Reglamento. *A contrario sensu*, si cualquiera de las partes domicilia en el distrito conciliatorio y no se encuentra impedida físicamente –de manera temporal o permanente–, deberá concurrir a la audiencia de conciliación de manera personal.

Lo que olvida el legislador es que la conciliación genera un **acto jurídico**[310] denominado **acuerdo conciliatorio**, y como ya hemos mencionado, según nuestra legislación los actos jurídicos pueden ser celebrados por representantes, por lo que perfectamente existe el marco normativo para realizar conciliaciones mediante representante. Además, ya se ha admitido la representación en vía de excepción, de manera discutible en cuanto a su justificación, por lo que consideramos que debería ampliarse las posibilidades de representación, no en vía de excepción, sino como una regulación autónoma, como ocurre en la legislación sustantiva y adjetiva.

Por otro lado, y de conformidad al concepto legal de capacidad adquirida regulado en el artículo 46 del Código Civil, existe la posibilidad de que los padres de familia que sean menores de edad puedan concurrir al procedimiento conciliatorio en representación de sus menores hijos para solicitar alimentos y establecer régimen de visitas, debiendo acreditar la representación con la partida de nacimiento o documento de identidad del hijo, a fin de acreditar el parentesco.

3. Requisitos del poder

Respecto de las exigencias que debe cumplir la representación en el procedimiento conciliatorio, el artículo 14 de la ley señala, además, que el **poder** deberá ser extendido mediante escritura pública y con facultades expresamente otorgadas para conciliar, no requiriendo inscripción registral en el caso de haber sido otorgado con posterioridad a la invitación para conciliar. Es

(310) Recordemos que el artículo 16-A de la Ley de conciliación señala que el acto jurídico contenido en el acta de conciliación solo podrá ser declarado nulo en vía de acción por sentencia emitida en proceso judicial.

decir, si nos encontramos frente a la situación de que el poder hubiera sido otorgado con anterioridad a la invitación para conciliar, entonces debemos asumir que sí se exige –sin sustento lógico o práctico alguno– que el poder deberá encontrarse debidamente inscrito en los Registros Públicos.

Pero el mismo artículo 14 de la ley a continuación señala que "(...) en caso de que las facultades –de representación– hayan sido otorgadas con anterioridad a la invitación el poder deberá además contar con facultades para que el apoderado pueda ser invitado a un proceso conciliatorio (...)", siendo que esta disposición supone un exceso respecto del principio de literalidad que rige el otorgamiento de los poderes, pues deberíamos asumir pacíficamente que basta con que los poderes señalen que se tiene facultades para conciliar, para asumirse que esta facultad implica también el hecho de ser invitado a un proceso conciliatorio.

En este sentido también tenemos que el primer párrafo del artículo 13 del Reglamento peca de exceso al exigir que "(...) tanto para las personas naturales como para las jurídicas los poderes deberán consignar literalmente la facultad de conciliar extrajudicialmente y de disponer del derecho materia de conciliación (...)". Pero existe una aparente contradicción con esta exigencia de literalidad, pues el segundo párrafo del mismo artículo reproduce la presunción legal aplicable a las personas jurídicas en las que basta ser nombrado gerente general, administrador, representante legal, presidente del consejo directivo o consejo de administración para presumir por el solo mérito del nombramiento que se posee, la facultad de conciliar (nótese que no se exige que se señale que debe haber facultades para conciliar extrajudicialmente, lo que supone que se puede conciliar tanto en el ámbito procesal como en el extrajudicial), debiendo acreditarse la representación con la copia notarialmente certificada del documento donde conste el nombramiento, debidamente inscrito.

En la práctica, estas exigencias extremas de literalidad suponen que todos los poderes otorgados antes de la entrada en vigencia de las modificatorias de la legislación sobre conciliación no resultarían válidos y requerirán de manera forzosa un trámite notarial de modificación de poder o el otorgamiento de uno nuevo.

Otro aspecto a considerar como una exigencia sin sentido radica en el hecho de que se atienda a la fecha de otorgamiento del poder, a fin de exigir o no su inscripción registral, exigencia que no es práctica y no se entiende, a diferencia del tratamiento legal del poder para litigar, que para su eficacia procesal no requiere estar inscrito.

Asimismo, el artículo 14 de la ley señala que en caso de que una de las partes esté conformada por cinco o más personas, estas podrán ser

representadas por un apoderado común. Deberíamos asumir que en este caso no interesaría si se encuentran bajo los supuestos de la excepción a la concurrencia personal, aunque parecería arbitrario el señalamiento de que sean como mínimo cinco personas, cuando vemos que la legislación adjetiva y sustantiva habla de dos o más personas.

VI. PROPUESTAS PARA LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA REPRESENTACIÓN

Resulta evidente que debería unificarse el criterio de la representación en el procedimiento conciliatorio bajo las siguientes premisas:

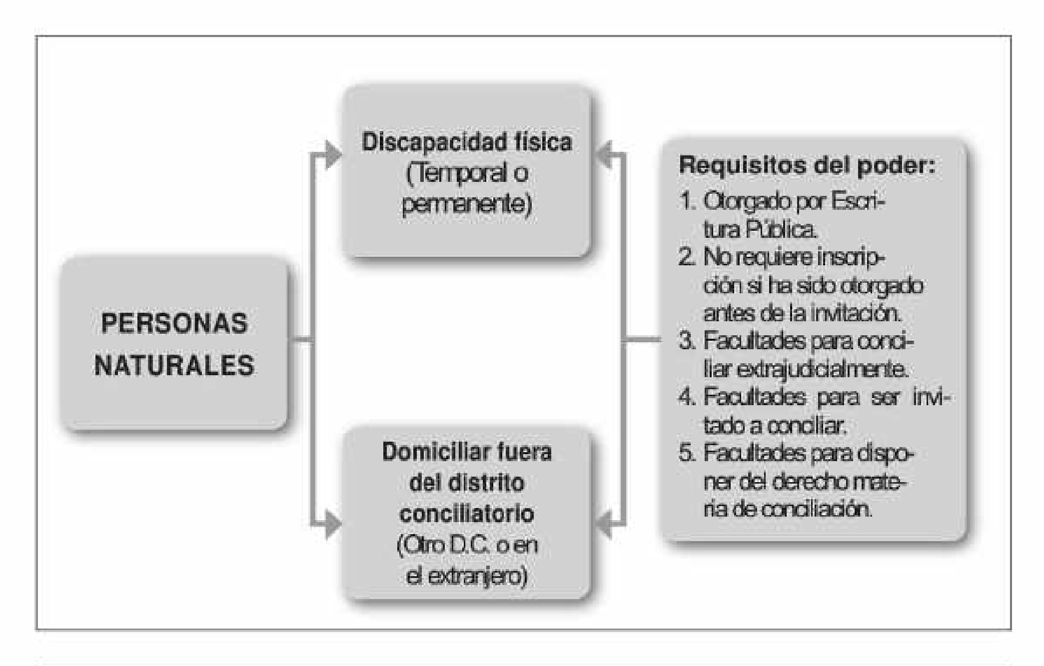
a) Debería sincerarse el tratamiento normativo de la concurrencia personal, no como una regla general, sino como una de las posibilidades de concurrencia de las partes al procedimiento conciliatorio. En este sentido, y siguiendo el camino recorrido por la propia institución a lo largo de su evolución histórica, la representación debería ser recogida no como una posibilidad excepcional de concurrencia al procedimiento conciliatorio, sino como una figura autónoma que puede generar el nacimiento de un acto jurídico que surtirá efectos en la esfera jurídica del representado.

b) Esta figura de la representación debería aceptarse tanto para solicitantes como para invitados a conciliar.

   - El único requisito para que opere la representación debería ser que el poder debe ser extendido forzosamente por escritura pública y con facultades expresas para conciliar, debiendo asumirse que los poderes otorgados con anterioridad en los que únicamente se señalan facultades para conciliar deben ser entendidos en sus dos posibilidades conciliatorias (judicial y extrajudicialmente) salvo disposición expresa en contrario.

   - A fin de no crear un régimen diferenciado de exigencia de inscripción del poder en base a la fecha de su otorgamiento que resultaría más oneroso a los conciliantes, y de manera similar a la figura del apoderado judicial, sugerimos que para la eficacia procedimental del poder este no requerirá estar inscrito, salvo el caso de personas jurídicas, en los que por mandato legal deberán estar debidamente inscritos y vigentes.

GRÁFICO
REQUISITOS DE LA REPRESENTACIÓN
EN EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO





CAPÍTULO XVI

ACERCA DE MATRIMONIOS, UNIONES DE HECHO Y CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN TEMAS DE FAMILIA



CAPÍTULO XVI

ACERCA DE MATRIMONIOS, UNIONES DE HECHO Y CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN TEMAS DE FAMILIA

"La familia es demasiado íntima para ser preservada por el espíritu de la justicia. Puede ser sostenida por el espíritu del amor, que va más allá de la justicia".

Reinhold Niebuhr

I. DERECHOS DERIVADOS DEL VÍNCULO CONYUGAL

La Constitución Política del Perú declara que la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio y reconocen a estos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad(311). Por su parte, por definición contenida en el artículo 234 del Código Civil(312), el matrimonio es la unión libre y voluntaria de hombre y mujer con la finalidad de hacer vida en común.

Buena parte de las disposiciones del Derecho de Familia contenidas en nuestro marco normativo, empezando por el Código Civil, responden a una concepción tradicional en la que se considera que el origen de la familia se da por el acto del matrimonio. Ello se advierte al apreciar que la mayoría de estas disposiciones legales toman como punto de referencia y regulan a una familia que se origina del acto matrimonial.

(311) Constitución Política del Perú de 1993:
"Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio.
La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.
La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley".

(312) Código Civil peruano:
"Artículo 234.- Noción del matrimonio.
El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común.
El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales".

De ordinario, en el Derecho Familiar se afirma que como consecuencia del acto matrimonial se originan una serie de deberes y derechos entre los cónyuges. Así, tenemos los conocidos deberes de fidelidad y asistencia, así como los deberes de lecho y habitación(313), debiendo fijar un mismo domicilio conyugal en donde harán vida en común. También surgen entre los cónyuges una serie de derechos como los hereditarios, que también se proyectan a los descendientes(314). Y a nivel patrimonial, se genera entre los cónyuges un régimen de bienes denominado sociedad de gananciales, el cual puede ser variado a uno de separación de patrimonios.

II. DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

Por naturaleza, toda familia para poder llevar una vida armoniosa depende de un sustento económico para desarrollar sus actividades cotidianas y brindar una base material para todos sus miembros, lo que supone que en el transcurso del tiempo los miembros de la familia podrán adquirir bienes que formarán parte del patrimonio familiar y que les permitirá cumplir determinados fines al interior de la organización familiar. El régimen de bienes vinculado al matrimonio y el asunto patrimonial que se desprende de aquel tiene que ver con la disponibilidad. Todo régimen de bienes tiene como contenido el conjunto de bienes muebles e inmuebles a los que les podamos atribuir un valor económico y que puede ser objeto de libre disposición.

Así, a nivel patrimonial aplicable al matrimonio, la legislación peruana ha previsto como régimen general la sociedad de gananciales y, como régimen excepcional, el de separación de patrimonios(315).

(313) Regulados en los artículos 288 y 289 del Código Civil.

(314) Regulados en los artículos 724, 816, 818 y 822 del Código Civil.

(315) Código Civil peruano:
"Artículo 295.- Elección del régimen patrimonial.
Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento.
Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad.
Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal.
A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales".

1. El régimen de sociedad de gananciales

La sociedad o comunidad de gananciales(316) implica que los bienes serán vistos como de ambos cónyuges, que poseen igual capacidad de derecho sobre ellos, pero las decisiones deben ser tomadas por ambos. Este régimen está compuesto por dos tipos de bienes: los bienes propios, que son los que pertenecen exclusivamente a cada uno de los cónyuges y sobre los cuales ejerce pleno dominio, como los bienes que se adquieren a título gratuito por herencia, por legados o donaciones, los útiles y objetos para el desempeño de una profesión, los bienes adquiridos antes de la celebración del matrimonio y que han sido aportados por cada cónyuge al iniciarse la sociedad de gananciales y los objetos de uso personal, como los efectos personales, las diplomas, las condecoraciones, la correspondencia, recuerdos de familia, el vestuario, etc.; y los bienes comunes o sociales, que son todos los bienes adquiridos después de la celebración del matrimonio, presumiéndose que han sido adquiridos por ambos cónyuges y que por lo tanto pertenecen a ambos.

2. El régimen de separación de patrimonios

La separación de patrimonios(317) supone que ambos cónyuges declaran expresamente mantenerse en forma independiente en relación a sus bienes. Esta decisión –que puede hacerse antes o después de la celebración del matrimonio– debe constar en una escritura pública debidamente inscrita en Registros Públicos. Obviamente que esta decisión es relativa a la titularidad de los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges, que tendrán la condición de bienes propios, pues para el desempeño de una vida en común, ambos cónyuges se hacen cargo de los gastos familiares y se mantiene el deber de asistencia recíproca entre ellos.

3. La liquidación de la sociedad de gananciales

El procedimiento convencional para la liquidación de la sociedad de gananciales prescrito en los artículos 322 y 323 del Código Civil(318) señala

(316) Código Civil peruano:
"Artículo 301.- Bienes de la sociedad de gananciales.
En el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad".

(317) Código Civil peruano:
"Artículo 327.- Separación del patrimonio.
En el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes".

(318) Código Civil peruano:
"Artículo 322.- Liquidación de la sociedad de gananciales.

que, en primer lugar, se debe hacer el inventario de los bienes, dividiéndose estos en bienes propios y bienes comunes; luego se pagan las deudas y cargas de la sociedad matrimonial con los bienes sociales, y de lo que queda (que se denomina gananciales) recién se divide en partes iguales para cada cónyuge o de la forma que responda al libre albedrío y conveniencia de ellos.

En este sentido, una situación en la cual ambos cónyuges deciden fenecer la sociedad de gananciales –motivado por la decisión de iniciar un posterior proceso de separación convencional y divorcio ulterior o simplemente optar por el cambio del régimen patrimonial dentro del matrimonio– puede someterse a un procedimiento de conciliación extrajudicial, ya que este tema al ser susceptible de valoración económica y ser objeto de libre disposición, posee los requisitos que lo habilitan para ser considerado como materia conciliable, conforme lo señala la Ley de Conciliación(319). Además, al ser temas vinculados, nada impediría que en el mismo procedimiento de conciliación familiar se acordara el establecimiento de una pensión de alimentos, así como la determinación de la tenencia y un adecuado régimen de visitas en los casos en que hubiera hijos menores de edad.

Estas conciliaciones efectuadas por las partes, en asuntos relacionados con el derecho de familia, podrán ser integradas a la propuesta de convenio de separación convencional que las partes puedan presentar con posterioridad al juez, de acuerdo con el artículo 575 del Código Procesal Civil(320). Tratándose

Realizado el inventario, se pagan las obligaciones sociales y las cargas y después se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedaren".

"Artículo 323.- Gananciales.

Son gananciales los bienes remanentes después de efectuados los actos indicados en el artículo 322.

Los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos (...)".

(319) Ley N° 26872, Ley de Conciliación.

"Artículo 7.- Materias conciliables.

Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.

En materia de familia, son conciliables aquellas pretensiones que versen sobre pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia así como otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición. El conciliador en su actuación deberá aplicar el Principio del Interés Superior del Niño (...)".

"Artículo 9.- Inexigibilidad de la conciliación extrajudicial

Para efectos de la calificación de la demanda judicial, no es exigible la conciliación extrajudicial en los siguientes casos:

(...)

i) En los procesos judiciales referidos a pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, así como otros que se deriven de la relación familiar y respecto de los cuales las partes tengan libre disposición.

En estos casos, la conciliación es facultativa".

(Artículo modificado por la Ley N° 29876, publicada en el diario oficial el 4 de junio de 2012).

(320) Código Procesal Civil.

"Artículo 575.- Requisito especial de la demanda.

A la demanda debe anexarse especialmente la propuesta de convenio, firmada por ambos cónyuges, que regule los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales conforme a inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada".

de una pretensión de divorcio la copia certificada del Acta de conciliación podrá anexarse a la demanda de separación convencional y divorcio ulterior.

En el supuesto de que la decisión de liquidar la sociedad de gananciales responda a la voluntad de iniciar los trámites para la disolución del vínculo matrimonial de manera convencional en sede no jurisdiccional, recordemos que de conformidad a lo señalado por la Ley N° 29227, Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías, conocida comúnmente como "Ley de Divorcio Rápido", existe la posibilidad de iniciar este trámite ante una municipalidad o una notaría, para lo cual se debe cumplir con presentar sentencia judicial firme o acta de conciliación extrajudicial que regule los temas de alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores de edad y/o hijos mayores con incapacidad, y si hubiera bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, se debe contar con la escritura pública de sustitución o liquidación del régimen patrimonial, que perfectamente puede ser acordado en el acta de conciliación extrajudicial, pero debe encontrarse inscrita en los Registros Públicos para ser eficaz ante terceros.

III. LAS UNIONES DE HECHO

Empero, los conflictos familiares susceptibles de someterse a un procedimiento de conciliación extrajudicial no se dan únicamente en familias que surgen del acto del matrimonio, pues también existen familias que se originan por el vínculo consanguíneo y que han sido normadas por nuestra legislación. Recordemos que el Código Civil de 1984 regula a las denominadas uniones de hecho, también conocidas como uniones de convivencia, que por definición contenida en el artículo 326 del Código Civil[321], son uniones entre hombre y mujer libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir

(321) Código Civil peruano (modificado por Ley N° 30007):
"Artículo 326.- Efectos de uniones de hecho.
La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado, por lo menos dos años continuos.
La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.
La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.
Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.
Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge".

deberes semejantes a los del matrimonio, por un periodo mínimo de dos años de convivencia continua, y que genera una sociedad de gananciales cuando hay un previo reconocimiento de la convivencia.

Esto es concordante con lo prescrito en el artículo 5 de la Constitución Política del Perú de 1993[322] que al referirse al concubinato señala que la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

En estos dispositivos legales vemos que el concepto de unión de hecho se equipara al de concubinato, pues en ambos casos se habla de una convivencia habitual y pública entre dos personas de distinto sexo[323], o como señala magistralmente Cornejo Chávez, el concubinato (en sentido restringido) es la convivencia habitual, esto es, continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible y sin impedimento para transformarse en matrimonio, en donde se infiere que no se considera incluida la relación sexual esporádica y el libre comercio carnal y la convivencia violatoria de alguna insalvable disposición legal relativa a los impedimentos para contraer matrimonio[324].

1. Derechos derivados de una unión de hecho

1.1. Derechos patrimoniales

El mismo artículo 326 del Código Civil señala que la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral; siendo que cuando la unión de hecho termina por decisión unilateral o abandono, el abandonado puede solicitar una indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Pero, no toda unión entre varón y mujer puede ser considerada como una unión de hecho, pues debe cumplir con los requisitos señalados en el artículo 326 del Código Civil. De allí que, doctrinariamente, se hace el distingo entre unión de hecho propia y unión de hecho impropia.

(322) Constitución Política del Perú de 1993:
"Artículo 5.- Concubinato.
La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable".

(323) Aunque se puede afirmar que el artículo 402, numeral 3 del Código Civil contiene una definición legal de concubinato al señalar expresamente: "se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales".

(324) Héctor CORNEJO CHÁVEZ. *Derecho Familiar peruano: sociedad conyugal, sociedad paterno - filial, amparo familiar del incapaz*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 63.

En el caso de la unión de hecho propia (que es la que cumple todas las condiciones reguladas en el artículo 326 del Código Civil) los miembros de dicha unión tienen derecho a la indemnización o al establecimiento de una pensión alimenticia y a la liquidación de sociedad de gananciales.

Para el caso de la unión de hecho impropia (que es cuando la unión de hecho no cumple con las condiciones establecidas en el artículo 326 del Código Civil, ya sea que la unión se dé entre personas libres que no cumplen con el plazo legal o cuando se encuentren casadas con otra persona o tengan impedimento para legalizar su unión) el conviviente abandonado únicamente tiene derecho a demandar al otro miembro de la unión de hecho impropia por enriquecimiento indebido.

Pero el hecho de que la convivencia cumpla con las condiciones señaladas en el artículo 326 del Código Civil no la convierte de manera automática en una unión de hecho propia, pues debe procederse al inicio de un trámite de reconocimiento de dicha convivencia para que se produzcan los efectos a nivel patrimonial y se haga efectiva la protección al conviviente abandonado en lo que corresponde al derecho a ser indemnizado o a solicitar una pensión alimenticia, así como a tener derecho a los bienes que se consideran parte de la sociedad de gananciales. Dicho reconocimiento puede ser judicial o notarial.

2. Derechos sucesorios

Posteriormente, la modificación introducida al artículo 326, *in fine*, del Código Civil por la Ley N° 30007, Ley que reconoce derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho, amplía la protección patrimonial al reconocer derechos y deberes sucesorios similares a los del matrimonio a los convivientes integrantes de una unión de hecho que cumpla con los requisitos del artículo 326 del Código Civil y que se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros y que se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge. Nótese que, al igual que el marco normativo previo, para tener derechos sucesorios como conviviente se requerirá que la unión de hecho cumpla con los requisitos del artículo 326 del Código Civil, que se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros[325] y además se

(325) Ley N° 30007:
"Artículo 2.- Procedencia para el reconocimiento de derechos sucesorios.
Para que la unión de hecho dé lugar a derechos sucesorios es requisito que reúna las condiciones señaladas en el artículo 326 del Código Civil y que se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros".

proceda al acto del reconocimiento de la convivencia(326), el mismo que puede ser voluntario a través del inicio de un trámite de mutuo acuerdo ante una notaría, o forzoso mediante el inicio de un proceso judicial de reconocimiento de convivencia.

IV. LA CONCILIACIÓN EN TEMAS DE DERECHO FAMILIAR

1. La facultatividad de la conciliación familiar

Resulta interesante la posición del legislador en lo que respecta a las materias conciliables en temas de familia. Así, el segundo párrafo modificado del artículo 7 de la Ley de Conciliación que regula las materias conciliables obligatorias adoptó expresamente el principio del *numerus apertus* al señalar los temas de familia que son objeto de conciliación extrajudicial, al ser considerados como materias conciliables aspectos referentes a pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia y otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición, debiendo el conciliador aplicar el principio del interés superior del niño.

Esto implica en principio la posibilidad de incorporar como materia conciliable a cualquier otro tema de familia distinto a los enumerados taxativamente (como ocurre con la liquidación de sociedad de gananciales, que se dejó de mencionar como materia conciliable expresa, o los temas de modificatoria de alícuota en el caso de varios herederos sobre un mismo bien, o la división y partición de bienes entre herederos reconocidos, etc.).

En lo que respecta a la naturaleza facultativa de la conciliación en temas de familia, la modificación establecida por la Ley Nº 29876, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de junio de 2012, ha incorporado al artículo 9 de la Ley de Conciliación que regula las materias conciliables facultativas, que los temas de familia –específicamente los referidos a pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia así como otros que deriven de la relación familiar y respecto de los cuales las partes tengan libre disposición– sean considerados facultativos; aunque la técnica legislativa es deficiente, pues no se ha dejado de considerarlos como materias conciliables obligatorias señaladas

(326) Ley Nº 30007:
"Artículo 3.- Reconocimiento de derechos sucesorios.
Para los efectos de la presente Ley, se reconocen derechos sucesorios a favor de los miembros de uniones de hecho inscritas en el Registro Personal, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, o reconocidas por la vía judicial.
Sin perjuicio de lo antes establecido, el integrante sobreviviente puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho si antes del fallecimiento del causante no se hubiera realizado la inscripción registral indicada en el párrafo anterior".

expresamente en el artículo 7 de la Ley, incongruencia normativa que tendrá que modificarse necesariamente, puesto que de una lectura aislada del artículo 7 de la Ley de Conciliación, los magistrados podrían declarar la improcedencia de una demanda en temas de familia, al seguirse señalando que los temas de familia son materias conciliables obligatorias. Una opinión personal es que no existía una justificación válida para que los temas de familia sean declarados facultativos, debiendo de analizar la conveniencia de volver a considerarlos como materias conciliables obligatorias.

Por otro lado, si bien es cierto que la conciliación en temas derivados del derecho de familia ha pasado a ser una materia conciliable facultativa, debemos resaltar que las actas de conciliación con acuerdo tienen el mismo mérito ejecutivo y en caso de incumplimiento de los acuerdos, estos pueden ser exigidos a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales. La facultatividad reposa en la falta de exigencia del cumplimiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad antes de la interposición de una demanda, pero suscrito un acuerdo, este posee mérito ejecutivo.

2. Las materias conciliables en temas de familia

En conclusión, las materias conciliables en temas de familia siguen siendo:

i) El establecimiento de una pensión de alimentos.

La solicitud para el establecimiento de una pensión de alimentos puede ser presentada no solo para los hijos menores de edad (que es la situación más usual), sino que también existe la posibilidad de que personas mayores de edad en su condición de acreedores alimentarios pueden solicitarla a sus deudores alimentarios, como ocurre en el caso de los cónyuges, o los padres que piden alimentos a sus hijos mayores de edad así como los hijos que habiendo alcanzado la mayoría de edad se encuentran cursando con éxito estudios de una profesión u oficio.

También los convivientes miembros de una unión de hecho propia previamente reconocida podrían intentar extrajudicialmente el establecimiento de una pensión de alimentos a su favor en caso de abandono.

Otro aspecto a considerar es que, al amparo del artículo 46 del Código Civil[327] que regula la capacidad adquirida, la pensión de

(327) Código Civil peruano:
"Artículo 46.- Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial.- La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice a ejercer una profesión u oficio.

alimentos puede ser solicitada también por menores de edad que sean padres de menores de edad[(328)].

Otro tema a considerar es la posibilidad de conciliar si la pensión alimenticia ya se encuentra fijada en una sentencia judicial. Creemos, sobre la base del principio de revisión de derechos, que si las partes que se encuentran mencionadas en la sentencia lo desean, pueden conciliar el establecimiento de nuevas condiciones para el cumplimiento de la pensión de alimentos en los casos de aumento, reducción y hasta exoneración de alimentos, para lo cual deberá mencionarse en el Acta de conciliación que existe una sentencia previa y las partes de común acuerdo deciden modificarla[(329)]. Un tema discutible se presenta en los casos de prorrateo, cuando un tercero decide solicitar una pensión de alimentos, y el obligado ya se encuentra cumpliendo con el pago de una pensión de alimentos por mandato judicial a otro acreedor alimentario; en este caso particular, consideramos que no se debe exigir la conciliación, toda vez que habría que invitar a conciliar no solo al deudor alimentario, sino también al acreedor alimentario, lo que disminuye las posibilidades de éxito de la conciliación.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.
Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:
1. Reconocer a sus hijos.
2. Demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.
4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos".

(328) Sobre este particular, debemos precisar que el numeral 3 del artículo 12 del Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS, habilita a los menores de edad que sean representantes de sus hijos en su condición de padres, a solicitar la conciliación extrajudicial en temas relativos a alimentos y régimen de visitas, lo que concordado de manera sistemática con el artículo 46 del Código Civil nos llevaría a afirmar que también se encontrarían habilitados para solicitar la conciliación extrajudicial en temas de tenencia.

(329) Un tema conflictivo a nivel procesal lo tenemos cuando la sentencia previa que establece la pensión de alimentos ha ordenado que esta se haga efectiva mediante la modalidad de **descuento por planilla** y que debe ser realizada por el empleador del deudor alimentario. En la práctica, el empleador podría excusarse del cumplimiento del acta de conciliación que reemplaza a la sentencia previa, al argumentar que debe ser un Juez quien le ordene dejar sin efecto el cumplimiento de dicha sentencia, a pesar que legalmente tanto el acta de conciliación y la sentencia tienen el mismo valor ejecutivo. En estos casos, y a pesar de existir acuerdo previo de las partes, se deberá iniciar un proceso de ejecución del acta de conciliación no por incumplimiento sino por **imposibilidad de cumplimiento** del acuerdo conciliatorio. En este sentido resultaría conveniente que en este caso se habilite un proceso simple y expeditivo por el cual se remita el acta que reemplaza a una sentencia previa a un juzgado, pero no para ejecutar el acta sino para que sea **homologada** y que sea el propio juzgado el que notifique al empleador de la variación de la sentencia previa por el acta nueva a efectos de que le dé cumplimiento.

ii) El establecimiento de un régimen de visitas, a efectos de que el padre que no vive con sus hijos pueda mantener un adecuado contacto con aquellos.

iii) El establecimiento de la tenencia, a favor del padre que vive con sus hijos.

iv) Otros derechos que se deriven de la relación familiar y sobre los cuales las partes tengan libre disposición.

Vale la pena mencionar, además, que en los tres primeros casos (alimentos, régimen de visitas y tenencia) lo que se concilia no es el reconocimiento de esos derechos –los cuales ya existen–, sino por el contrario se conciliará acerca de la forma en que van a hacerse efectivos.

Así, vemos que es perfectamente válido que no solo los cónyuges sino los convivientes que forman parte de una unión de hecho propia, intenten someter a conciliación extrajudicial las controversias relativas al establecimiento de una pensión de alimentos a su favor y la liquidación de la sociedad de gananciales, sino que además se podría iniciar un procedimiento conciliatorio para intentar acordar el pago de una indemnización al conviviente abandonado. Para ello, las uniones de hecho deberán cumplir con los requisitos del artículo 326 del Código Civil y haber cumplido con el trámite –voluntario o forzoso– del reconocimiento de la convivencia.

Otro tema que se desprende es la posibilidad de conciliar temas como la división y partición de bienes hereditarios, para lo cual los solicitantes deberán acreditar no solo la condición de heredero, sino el título de heredero, para poder disponer de los bienes que conforman la masa hereditaria. Así, será requisito adicional a las solicitudes de conciliación el hecho de anexar la respectiva declaratoria de herederos o documento similar que los declare herederos. En este supuesto, podríamos aceptar solicitudes de conciliación presentadas por cónyuges o convivientes que deben acreditar el título de heredero.

3. Temas que no pueden ser objeto de conciliación extrajudicial

Pero tenemos ciertos tipos de controversias que no pueden conciliarse, ya que existe impedimento legal expreso de someterlas a conciliación, como los temas sobre violencia familiar (art. 7-A, inc. h) de la Ley) o los casos en que se trate de derechos y bienes de incapaces absolutos y relativos (art. 7-A, inc. c) de la ley). En estos casos, se debe presentar la demanda directamente al órgano jurisdiccional, señalando que por mandato legal expreso se exime de cumplir con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

Un tema que no se ha entendido en su real magnitud por algunos operadores de la conciliación es el referido al divorcio. El divorcio consiste en que los cónyuges, después de un trámite más o menos lato, obtienen la declaración de que su matrimonio ha terminado y de que pueden, en consecuencia, iniciar una nueva relación matrimonial o de simple convivencia.

Recordemos, además, que las causales de divorcio se encuentran reguladas en el artículo 333 del Código Civil, siendo que únicamente en el divorcio por separación convencional o de mutuo acuerdo, ambas partes deciden de manera conjunta iniciar el trámite para solicitar la disolución del vínculo matrimonial; empero, en los demás casos nos encontramos frente al conocido divorcio sanción en el que el cónyuge inocente solicita ante el juez la destrucción del vínculo matrimonial por causa de la conducta del otro cónyuge que resulta culpable por realizar una conducta sancionada por el marco legal.

Empero, en cualquiera de los casos, el divorcio es un pronunciamiento de la autoridad y no de las partes, por lo tanto no resulta una materia conciliable, y atendiendo a la naturaleza del divorcio por causal, no debería exigirse el inicio del procedimiento conciliatorio como requisito de procedibilidad al no poseer las partes libre disposición sobre la disolución del vínculo matrimonial.

En este mismo sentido, como ya hemos visto, nada impide que los acuerdos que versen exclusivamente sobre asuntos de alimentos, tenencia, régimen de visitas y la liquidación de la sociedad de gananciales puedan integrarse a la propuesta de convenio que se presente con la demanda de separación convencional, pero no es factible un acuerdo respecto del inicio de los trámites de divorcio, pues en caso de incumplimiento se caería en el absurdo de pretender exigir al juez que uno de los cónyuges se divorcie del otro en vía de ejecución. Si el divorcio es de mutuo acuerdo, se deberá confiar en el ánimo de los cónyuges de culminar dicho proceso (en el que existe la posibilidad de desistimiento, reconciliación); empero, si solamente hay voluntad de uno de los cónyuges, entonces se deberá seguir el proceso de divorcio invocando las causales específicas que resulten pertinentes. No hay otra vía procesal.

También recordemos que la Ley Nº 29227, Ley que regula el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior ante municipalidades y notarias, conocida comúnmente como Ley de Divorcio Rápido, exige que en caso de existir hijos menores de edad o mayores con discapacidad, se debe acreditar haber resuelto los temas referentes al ejercicio de la patria potestad en lo que respecta a pensión de alimentos, régimen de visitas y tenencia, mediante una sentencia firme y consentida o mediante un acta de conciliación regulada por la ley de la materia. Si tomamos en cuenta

lo señalado por el artículo 4 de la Ley N° 29227, para solicitar la separación convencional, en el caso de que los cónyuges tengan hijos menores de edad o con incapacidad, deben presentar una sentencia judicial o un acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de aquellos. Aquí surge una discrepancia respecto de las materias conciliables, pero debemos hacer la precisión que según la Ley de Conciliación la patria potestad no resultaría una materia conciliable, pero sí los atributos que derivan de ella, específicamente en lo que respecta a alimentos, régimen de visitas y tenencia. Asimismo, el tema de divorcio, repetimos, no es una materia conciliable al no ser un derecho de libre disposición de las partes, sino un pronunciamiento de la autoridad.

Finalmente, resulta evidente que los temas referidos al reconocimiento de la filiación, o al reconocimiento de la condición de heredero no son materias conciliables por no ser materias de libre disposición de las partes, requiriendo forzosamente un pronunciamiento del órgano jurisdiccional.

V. CONVENIENCIA DEL EMPLEO DE LA CONCILIACIÓN FAMILIAR

Se sabe que una de las principales ventajas del empleo de la Conciliación Extrajudicial es que los temas de alimentos, régimen de visitas, tenencia y liquidación de sociedad de gananciales pueden ser tramitados ante los centros de conciliación Extrajudicial, contando con la participación de un tercero capacitado y especializado en estos temas denominado conciliador extrajudicial, el mismo que debe contar con una especialización y acreditación en temas de familia lo que garantiza su desempeño eficiente. Además, el procedimiento provee un esquema en que el conciliador extrajudicial direcciona el procedimiento conciliatorio con la finalidad de ayudar a las partes a encontrar una solución que signifique la posibilidad de restablecimiento de la relación familiar o, si ello no es posible, una salida menos adversarial y dolorosa que la proporcionada por el esquema judicial, la misma que es obtenida dentro de un procedimiento que se caracteriza por su economía (respecto de los costos del proceso judicial) y por su celeridad (ya que rara vez su duración excede de 30 días calendario).

Pero no debemos confundir el papel de un conciliador con el de un reconciliador. Así, la participación del conciliador no está orientada a reconciliar a la pareja, sino que abre la posibilidad de ayudar a los miembros de la familia a reorganizar sus relaciones familiares, pues estos problemas afectan a la totalidad de los componentes de la familia, y se tornan en problemas muy

complejos puesto que afectan la continuidad no solo de la relación matrimonial, sino de las relaciones paterno-filiales; y decimos que son problemas complejos porque el vínculo matrimonial supone no solamente el origen de diversos derechos, deberes y obligaciones entre los componentes de la familia, sino que también ha existido una interacción tan estrecha en el plano afectivo producto de la convivencia tan prolongada, por lo que se hace necesario regular de manera detallada las consecuencias de la separación a partir del hecho de que ambos cónyuges han considerado que no es posible mantener la unidad matrimonial. En este sentido, el conciliador ayuda a los miembros de la familia en crisis a intentar resolver sus controversias mediante la suscripción de acuerdos voluntarios, mutuamente satisfactorios y, por ende, con mayor vocación de cumplimiento.

Además, a través de la **coparentalidad** se hace entender a los miembros de la pareja conyugal o convivencial que la ruptura de la relación de pareja no debe afectar la continuidad de las relaciones con sus hijos. En otras palabras, podrán dejar de ser una pareja, pero nunca dejarán de ser padres, por lo que ambos deben esmerarse en potenciar y cumplir de mejor manera dicho rol en beneficio de sus hijos.

Esperemos que el empleo de la conciliación extrajudicial en temas de familia suponga que los miembros de una familia en crisis vean la posibilidad de resolución pacífica de los innumerables problemas familiares que se presentan en la realidad, los mismos que pueden ser apreciados en un ambiente menos litigioso y más humano.

CAPÍTULO XVII

LA POSIBILIDAD DE INCURRIR EN OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR POR INCUMPLIMIENTO DE ACUERDOS CONCILIATORIOS SOBRE ALIMENTOS



CAPÍTULO XVII

LA POSIBILIDAD DE INCURRIR EN OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR POR INCUMPLIMIENTO DE ACUERDOS CONCILIATORIOS SOBRE ALIMENTOS

"Muchas de las cosas que hemos menester tienen espera, el niño, no. Él está haciendo ahora mismo sus huesos, criando su sangre y ensayando sus sentidos. A él no se le puede responder: 'mañana'. Él se llama 'ahora'".

Gabriela Mistral

I. INTRODUCCIÓN

Los alimentos se constituyen en una institución muy importante en el Derecho familiar, por la cual se cumple la función protectora a los miembros de la familia, en especial a los hijos.

La obligación de prestar alimentos no solamente se limita a los padres, sino también puede extenderse a otros familiares que según la ley posean la condición de deudores alimentarios, y su incumplimiento se constituye en una excepción al principio consagrado constitucionalmente de que no hay prisión por deudas, habilitando al acreedor alimentario que se vea perjudicado por el incumplimiento a que, una vez verificado este y existir un requerimiento previo a nivel judicial, se pueda formalizar la denuncia por el delito de omisión de prestación de alimentos, delito que se encuentra penado hasta con tres años de pena privativa de libertad.

Como es conocido, de ordinario el establecimiento de una pensión alimenticia se da a través de una sentencia al final de un proceso judicial por alimentos y su incumplimiento por parte del deudor habilita al acreedor alimentario perjudicado a acudir a la vía penal a efectos de lograr coercitivamente el cumplimiento de las pensiones adeudadas por un comportamiento doloso. Empero, de la forma como se encuentra redactado el marco normativo surge la duda respecto a la posibilidad de acudir a esta misma vía penal y denunciar por el delito de omisión de asistencia familiar a la persona que incumple

con la obligación alimentaria que emana como consecuencia de la suscripción voluntaria de un acta de conciliación extrajudicial y no de una resolución judicial firme y consentida. En el presente artículo intentaremos abordar este tema con la finalidad de unificar criterios entre los distintos operadores jurídicos que beneficien en última instancia a los beneficiarios de una pensión de alimentos libremente acordada.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A NO SUFRIR PRISIÓN POR DEUDAS Y EL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES ALIMENTARIOS COMO EXCEPCIÓN

1. El precepto constitucional "no hay prisión por deudas"

La Constitución Política de 1993 establece en el apartado c) del inciso 24 del artículo 2 como un derecho fundamental, que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales; en consecuencia, no hay prisión por deudas, pero señala a continuación como excepción que este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios[330].

Para García Toma, nuestra Constitución solo admite la pérdida de la libertad en caso de morosidad económica únicamente cuando se acredite el incumplimiento de los deberes alimenticios, siempre que –de acuerdo con lo prescrito en el artículo 12 del Código Penal– hubiere intención dolosa, es decir, que se acredite la intención o voluntad de incumplir. En otras palabras, para nuestro sistema constitucional no existe la prisión por deudas salvo en el caso del incumplimiento doloso de los deberes alimentarios. El Tribunal Constitucional en el caso Amelia Gómez Sánchez Benvenuto (Exp. Nº 02982-2003-HC/TC) ha señalado que la referida proscripción de la prisión por deudas tiene como excepción el incumplimiento de los deberes alimenticios, "toda vez que, en tales casos, están de por medio los derechos a la vida, la salud y a la integridad del alimentista, en cuyo caso el juez competente puede ordenar la restricción de la libertad individual del obligado" [331].

(330) "Constitución Política del Perú de 1993.
Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho:
(...)
24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:
(...)
c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.
(...)"

(331) GARCÍA TOMA, Víctor. *Los derechos fundamentales*. 2ª edición corregida y aumentada. Adrus S.R.L. Arequipa, abril, 2013, pp. 504-506.

Así, nuestro sistema jurídico es claro al establecer que se encuentra proscrita la pérdida de la libertad de un deudor por la existencia de deudas civiles no canceladas y que en la antigüedad era una situación muy común, conforme lo reconocía el Derecho Romano con la figura de la *manus injectio*, que facultaba al acreedor para tener preso en su casa al deudor moroso o insolvente, y vencido el plazo dado por el magistrado para el pago de la deuda, el acreedor podía dar muerte al deudor o venderlo como esclavo. Esta prohibición, que actualmente es regla general reconocida constitucionalmente como parte integrante del derecho a la libertad, tiene como única excepción que puede ocasionar la pérdida de la libertad del deudor el incumplimiento de deberes alimentarios por parte de aquel.

2. El tipo penal de omisión de prestación de alimentos

Cuando una persona incumple dolosamente sus deberes alimentarios incurre en la conducta tipificada en el artículo 149 del Código Penal, que hace referencia al delito de omisión de prestación de alimentos que forma parte del Capítulo IV sobre la omisión de asistencia familiar. Allí se señala que "aquel que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años o una prestación de servicios comunitarios de veinte a cincuenta jornales, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial"[332].

Como señala Peña Cabrera[333], el tipo penal del artículo 149 del Código Penal tendría como objeto la integridad y bienestar de la familia, cuando el sujeto obligado no satisface por entero las necesidades más elementales de sus miembros, en otras palabras, el deber de asistencia familiar. La ley exige que este incumplimiento esté referido no solo a la falta de asistencia material o económica, sino también a la de carácter moral, como son las obligaciones de auxilio mutuo, educación, cuidado de la prole, etc. Así, para un sector de la doctrina, se protege un bien dual: primero, el eficaz cumplimiento de los deberes familiares establecidos por la legislación civil, sancionando el

(332) Código Penal:
Artículo 149.- Omisión de prestación de alimentos
El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.
Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.
Si resulta lesión grave o muerte y estas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

(333) Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. *Derecho Penal, Parte Especial*. Tomo I, Idemsa, Lima, 2008, pp. 431-436.

incumplimiento del deber de asistencia y solidaridad que tienen su origen en las relaciones familiares, y por otro lado, también se protege el respeto al principio de autoridad, que se vulnera con el incumplimiento de una resolución judicial.

En cuanto al sujeto activo del delito, este sería el sujeto "judicialmente obligado a prestar una pensión alimenticia" y, según lo previsto en el artículo 474 del Código Civil, los sujetos que pueden ser pasibles de una resolución jurisdiccional de dicha naturaleza, serán los cónyuges, los ascendientes y descendientes y, los hermanos. El sujeto pasivo sería los menores hasta los 18 años, a menos de que se trate de un incapaz que no se encuentre en aptitud de atender su propia subsistencia o un hijo que se encuentre cursando estudios superiores con éxito; en el caso de los ascendientes, cuando se encuentran en estado de necesidad y, cuando se trata de los cónyuges, el alimentista será el cónyuge perjudicado por la separación de hecho.

Prosigue Peña Cabrera señalando que esta figura delictiva refiere a un tipo de omisión propia, pues el agente contraviene un mandato imperativo: "incumplimiento del contenido de una resolución jurisdiccional, en cuanto a la pensión alimenticia", no se refiere a verificar la causación de estado perjudicial alguno. Basta para dar por configurado el supuesto de hecho, que exista previamente una intimidación judicial y, luego el incumplimiento deliberado del sujeto obligado. Ahora bien, siguiendo esta lógica, para encontrarse obligado a cumplir con la obligación alimenticia, ha de recordarse que antes de pasar a la vía penal, se debe haber ordenado al agente el pago de un monto de dinero determinado por concepto de pensión alimenticia ya sea como mandato de un juez como consecuencia de un proceso de alimentos –aunque también las partes pueden haber acordado esta obligación alimenticia de manera voluntaria en un acta de conciliación judicial o extrajudicial o, como pretensión acumulada en un proceso de divorcio–, dando lugar a la intimación judicial de cumplimiento bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente, si es que no cumple con la prestación alimenticia a su cargo.

Así, Peña Cabrera menciona la sentencia recaída en el Exp. Nº 6473-97-Lima. SPSS, que señala lo siguiente: "No basta la existencia de una sentencia fijando una pensión alimenticia y el presumido incumplimiento para que proceda *ipso facto* la denuncia por omisión a la asistencia familiar, sino que además debe constatarse la presencia de una resolución conminatoria bajo apercibimiento de ser denunciado por el ilícito mencionado". De igual manera, la sentencia recaída en el Exp. Nº 79-93-Lima dice: "Que se encuentra acreditado en autos que el procesado se sustrajo de su obligación de prestar alimentos a sus menores hijas, tal como fue ordenado en sentencia en el Fuero Civil y pese

a haber sido requerido conforme a ley para su pago, configurándose el delito materia de instrucción".

III. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

Los alimentos no se limitan al simple hecho de nutrir, sino que implican una serie de elementos indispensables para el sustento, habitación, vestido, recreación y asistencia médica y psicológica, así como también educación, instrucción y capacitación para el trabajo[334]; es más, el Código del Niño y del Adolescente también considera como alimentos a los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto[335].

1. Formas de establecerse la pensión de alimentos

Existen dos formas de establecerse la obligación alimentaria:

Una primera forma, voluntaria, es cuando de mutuo acuerdo las partes determinan de manera libre y consensuada el monto, forma y periodicidad en que se cumplirá dicha prestación alimentaria. Esto puede hacerse mediante la suscripción de un acta de conciliación extrajudicial, ya sea en un centro de conciliación Extrajudicial o en una Defensoría del Niño y del Adolescente, con lo cual se hace innecesario el inicio del proceso judicial.

Respecto a la conciliación extrajudicial que se realiza ante un centro de conciliación Extrajudicial, el procedimiento conciliatorio se encuentra regulado por Ley N° 26872, Ley de Conciliación, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS[336], teniendo el acta con acuerdo mérito de ser título ejecutivo de naturaleza extrajudicial.

Por su parte, el procedimiento conciliatorio ante las Defensorías del Niño y del Adolescente se encuentra regulado por Ley N° 27337, Código de los

(334) Código Civil:
"Artículo 472.- Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos de embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto".
(Artículo modificado por Ley N° 30292).

(335) Ley N° 27337, Código de los Niños y Adolescentes:
"Artículo 92.- Definición.-
Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto".
(Artículo modificado por Ley N° 30292).

(336) Cfr. PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "Se hace camino al andar: análisis crítico al recorrido que presenta el procedimiento conciliatorio". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 118. Lima, diciembre de 2010, pp. 315-345.

Niños y Adolescentes, que debe ser concordado con la Ley N° 27007 y el Decreto Supremo N° 007-2004-MIMDES, que facultan a las Defensorías del Niño y del Adolescente para realizar conciliaciones extrajudiciales con título de ejecución.

Empero, si no es posible el acuerdo mediante la forma voluntaria señalada precedentemente, queda la alternativa de que la pensión alimenticia sea establecida de manera forzosa por el juez al final del respectivo proceso judicial de alimentos. Las características del proceso judicial suponen encontrarnos ante un mecanismo adversarial en el que el juzgador se encuentra en la obligación de imponer la solución a las partes a través de la expedición de una sentencia, sin perjuicio de que las partes puedan conciliar ante el juez en la audiencia que este promueva, con lo cual carecería de objeto el pronunciamiento jurisdiccional a través de la emisión de una sentencia, pues el acta de conciliación procesal cumple la misma finalidad que la sentencia en el sentido de que resuelve la controversia.

En este sentido, recordemos que si se judicializa el tema de establecimiento de pensión de alimentos resultarán aplicables las disposiciones del proceso único reguladas en el Código de los Niños y Adolescentes (artículos 164 al 182), en donde se aprecia la posibilidad de que el juez invoque a las partes la solución de la controversia mediante conciliación, concluyendo el proceso con un acta, sin la expedición de una sentencia (art. 171). Por otro lado, se establece la aplicación supletoria del Código Procesal Civil (art. 182).

Finalmente, resulta pertinente señalar que de acuerdo a la modificación efectuada por la Ley N° 30179, la acción que proviene de pensión alimenticia prescribe ahora a los quince años (habiéndose aumentado el anterior plazo de prescripción que era de dos años). Esto significa que, obtenida una sentencia o suscrita un acta de conciliación –que para efectos prácticos tienen el mismo mérito ejecutivo– las obligaciones alimentarias que contienen pueden hacerse valer en la vía ejecutiva al ser exigibles dentro de ese plazo de prescripción.

2. Sujetos obligados a prestar alimentos

El Código Civil establece quiénes se encuentran obligados a prestar alimentos y su orden de prelación, así como quiénes pueden exigir el cumplimiento de los alimentos, debiendo denominarse a los primeros deudores alimentarios y a los últimos, acreedores alimentarios.

Según el artículo 474 del Código Civil, se deben alimentos recíprocamente los cónyuges, los ascendientes y descendientes y los hermanos. Por su

parte, el artículo 475 determina el orden de prelación de los obligados a prestar alimentos cuando sean dos o más los obligados a darlos, estando en primer lugar el cónyuge, en ausencia de este se transmite la obligación alimentaria a los descendientes, a los ascendientes, a los hermanos. En ausencia de cualquiera de los anteriormente nombrados, la obligación alimentaria puede llegar a transmitirse inclusive a los tíos[337].

IV. LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES

En principio, la conciliación extrajudicial es concebida como un requisito de procedibilidad obligatorio que resulta exigible antes de demandar sobre materias que versen sobre derechos disponibles, y únicamente en aquellos lugares donde se encuentra implementada la obligatoriedad de la exigibilidad de dicho requisito. Ahora bien, esta exigencia no se aplica a los temas de familia al haber sido declarados como materias conciliables facultativas.

1. La facultatividad de la conciliación familiar

El segundo párrafo modificado del artículo 7 de la Ley de Conciliación que regula las materias conciliables obligatorias adoptó expresamente el principio del *numerus apertus* al señalar los temas de familia que son objeto de conciliación extrajudicial, al ser considerados como materias conciliables aspectos referentes a pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia y otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición, debiendo el conciliador aplicar el Principio del Interés Superior del Niño. Esto implica en principio la posibilidad de incorporar como materia conciliable a cualquier otro tema de familia distinto a los enumerados taxativamente (como ocurre con la liquidación de sociedad de gananciales, que se dejó de mencionar como materia conciliable expresa, o los temas de modificatoria de alícuota en el caso de varios herederos sobre un mismo bien, o la división y partición de bienes entre herederos reconocidos, etc.).

En lo que respecta a la naturaleza facultativa de la conciliación en temas de familia, la modificación establecida por la Ley N° 29876, publicada en el

(337) Ley N° 27337, Código de los Niños y Adolescentes:
"Artículo 93.- Obligados a prestar alimentos.-
Es obligación de los padres prestar alimentos a los hijos. Por ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente:
Los hermanos mayores de edad;
Los abuelos;
Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y
Otros responsables del niño o del adolescente".

diario oficial *El Peruano* el 5 de junio de 2012, ha incorporado al artículo 9 de la Ley de Conciliación que regula las materias conciliables facultativas, que los temas de familia –específicamente los referidos a pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia así como otros que deriven de la relación familiar y respecto de los cuales las partes tengan libre disposición– sean considerados facultativos; aunque la técnica legislativa es deficiente, pues no se ha dejado de considerarlos como materias conciliables obligatorias señaladas expresamente en el artículo 7 de la ley, incongruencia normativa que tendrá que modificarse necesariamente, puesto que de una lectura aislada del artículo 7 de la Ley de Conciliación, los magistrados podrían declarar la improcedencia de una demanda en temas de familia, al seguirse señalando que los temas de familia son materias conciliables obligatorias.

Una opinión personal es que no existía una justificación válida para que los temas de familia sean declarados facultativos, debiendo de analizar la conveniencia de volver a considerarlos como materias conciliables obligatorias.

2. El mérito ejecutivo de las actas de conciliación extrajudicial[338]

De ordinario se suele afirmar que las actas de conciliación extrajudicial que contienen acuerdos tienen el mismo valor que una sentencia judicial firme y consentida. Esta afirmación reposa tal vez en el hecho de que ambos instrumentos comparten algunas características comunes, ya sea porque: i) ambas resuelven de manera definitiva la controversia, ii) ambas evitan la revisión judicial de los hechos conflictivos; y, iii) ambas comparten la misma vía procesal cuando se tiene que acudir al órgano jurisdiccional cuando la parte obligada se muestra reacia a cumplir voluntariamente con sus obligaciones, teniendo que recurrirse al proceso de ejecución de resoluciones judiciales. Pero debemos hacer la precisión que esto no aplica para los casos de familia, en donde los conflictos se resuelven pero no de manera definitiva y, en consecuencia, se pueden volver a revisar los hechos conflictivos, todo ello en aplicación del principio de revisión de derechos –que desarrollaremos más adelante– y que se opone al principio de cosa juzgada, aunque esta situación no afecta el mérito ejecutivo del acta de conciliación con acuerdo y la posibilidad de recurrir al órgano jurisdiccional en la vía del proceso de ejecución.

Recordemos que son las partes las que están en condición de poder llegar a un acuerdo de manera voluntaria y consensuada, en cuyo caso el acta de conciliación contendrá la manifestación de voluntad de las partes en el sentido

(338) Cfr. PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "Panorama general sobre el mérito ejecutivo de las actas de conciliación extrajudicial". En: *Ejecución de Sentencia*. Instituto Pacífico. Lima, mayo 2015, pp. 131-161.

de solucionar de manera total o parcial sus conflictos, evitando la judicialización de las controversias resueltas y teniendo el acta valor de título ejecutivo de naturaleza extrajudicial(339).

El vigente artículo 18 de la Ley de Conciliación, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1070, considera que el acta de conciliación con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución. Obviamente, esta disposición legal es contraria a las modificaciones introducidas en nuestro ordenamiento procesal por el Decreto Legislativo Nº 1069, que desde junio de 2008 ha derogado la distinción entre títulos ejecutivos y títulos de ejecución, encontrándonos ahora con la regulación contenida en el artículo 688 del Código Procesal Civil que únicamente considera la existencia de títulos ejecutivos de naturaleza judicial y extrajudicial, atendiendo al criterio procesal de la naturaleza jurisdiccional o no del ente que expide el instrumento. En este orden de ideas, las actas de conciliación extrajudicial con acuerdo total o parcial deben ser consideradas como títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial.

Por otro lado, el precitado artículo 18 de la Ley de Conciliación establece que los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en las actas de conciliación con acuerdo total o parcial se ejecutarán a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales. El artículo 22, *in fine*, del Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS, señala que el acta de conciliación se ejecutará a través del proceso único de ejecución. Una lectura sistemática de la estructura del Proceso Único de Ejecución nos dará como respuesta que la vía procesal correcta para la ejecución de las actas de conciliación será el proceso de ejecución de resoluciones judiciales (aplicando los artículos 715, 716 y 717 del Código Procesal Civil), pero cumpliendo las disposiciones generales del proceso único de ejecución (señaladas en los artículos 688 al 692-A del Código adjetivo).

Debemos poner énfasis en que si bien es cierto que la conciliación en temas derivados del Derecho de familia ha pasado a ser una materia conciliable facultativa –es decir, ya no se exige transitar por un procedimiento conciliatorio como requisito de procedibilidad–, las actas de conciliación con acuerdo que se suscriban poseen el mismo mérito ejecutivo, no afectándose la exigibilidad de los acuerdos, y en caso de un eventual incumplimiento estos

(339) Debemos precisar la discrepancia que mantiene el artículo 18 de la Ley de Conciliación que sigue considerando al acta de conciliación con acuerdo conciliatorio como **título de ejecución**, situación que colisiona con las modificaciones incorporadas al Código Procesal Civil por el Decreto Legislativo Nº 1069, que, al derogar el artículo 713 (referente a títulos de ejecución) y modificar el artículo 688 del Código adjetivo, unifica las reglas del proceso de ejecución y considera a las actas de conciliación con acuerdo como **títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial**.

pueden ser exigidos en cuanto a su cumplimiento forzoso a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales. La facultatividad, reiteramos, reposa en la falta de exigencia del cumplimiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad antes de la interposición de una demanda, pero suscrito un acuerdo, este es obligatorio para las partes al poseer mérito ejecutivo y en consecuencia es exigible judicialmente en caso de incumplimiento. Parafraseando a Loycel: "se ata a los bueyes por los cuernos y a los hombres por las palabras".

Sin perjuicio de esta facultatividad, ponemos énfasis en que la posibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio hace innecesario el inicio de un proceso judicial mediante la interposición de la demanda de alimentos al haberse resuelto el tema de fondo por acuerdo de las partes a la vez que se obtiene un instrumento similar a una sentencia que contiene obligaciones que en caso de incumplimiento se puede ejecutar a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

3. Los alimentos como materia conciliable

El establecimiento de una pensión de alimentos es una materia susceptible de tramitarse a través de un procedimiento conciliatorio extrajudicial.

La solicitud para el establecimiento de una pensión de alimentos puede ser presentada no solo para acudir a los hijos menores de edad (que es la situación más usual), sino que también existe la posibilidad de que personas mayores de edad en su condición de acreedores alimentarios pueden solicitarla a sus deudores alimentarios, como ocurre en el caso de los cónyuges, o los padres que piden alimentos a sus hijos mayores de edad así como los hijos que habiendo alcanzado la mayoría de edad se encuentran cursando estudios con éxito (este último supuesto regulado en el artículo 424 del Código Civil).

También los convivientes miembros de una unión de hecho propia previamente reconocida podrían intentar extrajudicialmente el establecimiento de una pensión de alimentos a su favor en caso de abandono (conforme lo habilita el artículo 326 del Código Civil).

Otro aspecto a considerar es que, al amparo del artículo 46 del Código Civil[340] que regula la capacidad adquirida, la pensión de alimentos puede

(340) Código Civil peruano:
"Artículo 46.- Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial.- La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice a ejercer una profesión u oficio.

ser solicitada también por menores de edad que sean padres de menores de edad[341].

4. El principio de revisión de derechos

Otro tema a considerar es la posibilidad de conciliar aun cuando la pensión alimenticia ya se encuentra fijada en una sentencia judicial o en un acta de conciliación de manera previa. Creemos, sobre la base del principio de revisión de derechos, que si las partes que se encuentran mencionadas en la sentencia o en el acta lo desean, pueden conciliar el establecimiento de nuevas condiciones para el cumplimiento de la pensión de alimentos en los casos de aumento, reducción y hasta exoneración de alimentos, para lo cual deberá mencionarse en el acta de conciliación que existe una sentencia o acta previa y las partes de común acuerdo deciden modificarla.

En este orden de ideas, resulta evidente que el principio de revisión de derechos se opone al principio de cosa juzgada, y podríamos definirlo como la posibilidad de que los términos de un acuerdo conciliatorio o de una decisión judicial que establecen obligaciones para las partes puedan ser modificados posteriormente por las partes, ya sea de manera consensuada o a través del inicio de la acción correspondiente, si es que han variado las circunstancias de hecho o la situación de las partes que dieron origen y justificaron el reconocimiento de determinado derecho. Este es un principio que vemos exclusivamente en el Derecho de familia y que se materializa en temas como los de pensión de alimentos, régimen de visitas y tenencia, los que pueden ser variados posteriormente a su determinación.

Al respecto la Casación N° 2511-2004/ICA establece que: "(...) Atendiendo a la naturaleza del derecho alimentario, este se encuentra sujeto a las variaciones en la situación legal de las partes en el tiempo, además es un principio universalmente aceptado que no existe cosa juzgada en materia de fijación

---

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.
Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:
1. Reconocer a sus hijos.
2. Demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.
4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos".

(341) Sobre este particular, debemos precisar que el numeral 3 del artículo 12 del Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, habilita a los menores de edad que sean representantes de sus hijos en su condición de padres, a solicitar la conciliación extrajudicial en temas relativos a alimentos y régimen de visitas, lo que concordado de manera sistemática con el artículo 46 del Código Civil nos llevaría a afirmar que también se encontrarían habilitados para solicitar la conciliación extrajudicial en temas de tenencia.

de pensiones alimentarias (...)". Por su parte la Casación Nº 4670-2006/La Libertad señala que: "(...) A diferencia de la generalidad de las sentencias que tienen la calidad de consentidas o ejecutoriadas, la recaída en un proceso de alimentos no tiene la calidad de cosa juzgada, en razón de que los alimentos pueden ser sujetos de aumento, disminución, exoneración, cese, entre otros, según sean las necesidades del alimentista o la capacidad del obligado; por lo tanto, los procesos de los cuales derivan permanecen siempre abiertos y no se consideran concluidos (...)".

Recordemos que, según lo prescrito en el artículo 339 del Código Procesal Civil "aunque hubiera sentencia consentida o ejecutoriada, las partes pueden acordar condonar la obligación que esta contiene, novarla, prorrogar el plazo para su cumplimiento, convenir una dación en pago y, en general, celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el cumplimiento de la sentencia". Vemos que la legislación adjetiva permite modificar una sentencia firme y consentida que posee autoridad de cosa juzgada por acuerdo expreso de las partes, permitiéndoles celebrar cualquier acto jurídico posterior destinado a regular o modificar su cumplimiento, debiendo bastar el simple acuerdo de voluntades para que pueda operar esta modificación del cumplimiento de la sentencia, caso contrario seguirá operando la autoridad de cosa juzgada de la sentencia y su correspondiente exigencia.

Vale la pena mencionar, además, que en los casos de alimentos (al igual que en los casos de régimen de visitas y tenencia) lo que se concilia no es el reconocimiento de esos derechos –los cuales ya existen– sino por el contrario se conciliará acerca de la forma en que van a hacerse efectivos. Así, vemos que es perfectamente válido que no solo los cónyuges sino los convivientes que forman parte de una unión de hecho propia, intenten someter a conciliación extrajudicial las controversias relativas al establecimiento de una pensión de alimentos a su favor y la liquidación de la sociedad de gananciales, sino que además se podría iniciar un procedimiento conciliatorio para intentar acordar el pago de una indemnización al conviviente abandonado. Para ello, las uniones de hecho deberán cumplir con los requisitos del artículo 326 del Código Civil y haber cumplido con el trámite –voluntario o forzoso– del reconocimiento de la convivencia[342].

(342) Cfr. PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "Matrimonios, uniones de hecho y conciliación extrajudicial en temas de familia". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 238, Gaceta Jurídica. Lima, setiembre 2013, pp. 83-90.

V. ¿EL INCUMPLIMIENTO DE UN ACTA DE CONCILIACIÓN PUEDE CONFIGURAR LA COMISIÓN DEL DELITO DE OMISIÓN DE PRESTACIÓN DE ALIMENTOS?

1. ¿El acta es igual a una sentencia?

Si somos precisos en el análisis jurídico, podríamos encontrar una serie de diferencias entre las sentencias y las actas de conciliación, ya sea por el ente que las emite (el juez o el conciliador), la naturaleza del instrumento que contiene la obligación (público o privado), la forma de resolución de la controversia (voluntaria o forzosa, autocompositiva o heterocompositiva) entre otras.

Pero, como se ha apreciado, coloquialmente podemos encontrar semejanzas que nos llevan a afirmar que un acta de conciliación –judicial o extrajudicial– que establece una pensión de alimentos es similar a una sentencia en tanto resuelve la controversia, estableciéndose la obligación alimentaria no por decisión jurisdiccional sino por la libre y coincidente voluntad de las partes.

Un aspecto adicional reposa en que la suscripción del acta de conciliación con acuerdo hace innecesario el inicio de un juicio por alimentos, tal como ocurre ya sea al arribar a un acuerdo de naturaleza extrajudicial o también resolviendo la controversia al interior de un proceso por alimentos en el que las partes concilian ante el juez, concluyendo el proceso de manera especial sin pronunciamiento jurisdiccional contenido en una sentencia.

Finalmente, como ya hemos visto, las obligaciones alimenticias libremente pactadas entre acreedor y deudor alimentario se pueden ejecutar en caso de incumplimiento a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales, compartiendo la misma vía procedimental que las sentencias.

2. Finalidad del proceso de ejecución

Monroy[343] afirma que si bien en sentido estricto el proceso judicial es unitario, es posible, atendiendo al propósito que se persigue con su uso o al derecho material que se pretende hacer efectivo con él, establecer criterios clasificatorios del proceso, siendo que por su función –tomando en cuenta el propósito o la naturaleza de la satisfacción jurídica que se persigue con su uso– los procesos pueden ser clasificados en tres tipos: declarativo o de conocimiento, de ejecución y cautelar.

(343) MONROY GÁLVEZ. *Introducción al proceso civil.* Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 136-141.

El proceso declarativo o de conocimiento tiene como presupuesto material la constatación de una inseguridad o incertidumbre con relación a la existencia de un derecho material en un sujeto, situación que ha devenido en un conflicto con otro, quien concibe que el derecho referido no acoge el interés del primer sujeto, sino el suyo. Así, tales opiniones contrarias requieren ser expresadas, probadas, alegadas y finalmente resueltas a través de un proceso judicial en donde el juez, al final, haciendo uso del sistema jurídico vigente, decide mantener y certificar la legalidad de la situación jurídica previa al inicio del proceso, o de otro lado, declara extinguida esta y crea una nueva. Cualquiera de estas dos posibilidades se concreta a través de una resolución judicial.

El proceso de ejecución tiene un singular punto de partida, una situación fáctica inversa a la anteriormente descrita, esta vez en lugar de incertidumbre, lo que hay es una seguridad en un sujeto de derechos, respecto de la existencia y reconocimiento jurídico de un derecho material (que está contenido en un título). A pesar de lo expresado, la necesidad de utilizar este proceso se presenta porque no obstante la contundencia del derecho, este no es reconocido –expresa o tácitamente– por el sujeto encargado de su cumplimiento.

En similar opinión se expresa Liebman, para quien las acciones ejecutivas son aquella actividad con la cual los órganos judiciales tratan de poner en existencia coactivamente un resultado práctico equivalente a aquel que habría debido producir otro sujeto, en cumplimiento de una obligación jurídica, siendo que la ejecución forzada modifica la situación de hecho existente[344].

Así, la obligación del deudor alimentario se encuentra contenida en un título –que puede ser un acta de conciliación o una sentencia–, y se llegará a la vía ejecutiva del proceso de ejecución cuando dicha obligación no haya sido cumplida voluntariamente por aquel y, en consecuencia, el acreedor alimentario queda habilitado para apoyarse en el órgano jurisdiccional y se cumpla de manera forzosa con el requerimiento que se le hará en vía ejecutiva.

3. Trámite de la omisión de prestación de alimentos

El delito de omisión de prestación de alimentos contenido en el artículo 149 del Código Penal señala que “aquel que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años o una prestación de

(344) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1980, pp. 149-159.

servicios comunitarios de veinte a cincuenta jornales, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial".

Debemos entender que hay una serie de actos que deben ocurrir para asumir recién que nos encontramos frente a la comisión del delito, a saber:

i) Debe existir un título o instrumento que contenga la obligación alimentaria del deudor alimentario. En este caso, puede ser un acta de conciliación judicial o extrajudicial o también una sentencia firme y consentida en la que se puedan identificar tanto al acreedor como al deudor alimentario y la obligación alimentaria señalada de manera cierta, expresa y exigible. Como ya hemos señalado, para efectos prácticos ambos instrumentos –las actas y las sentencias– son considerados equivalentes.

ii) El acreedor alimentario debe haber iniciado el respectivo proceso de ejecución de resoluciones judiciales como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte del deudor alimentario, solicitando al órgano jurisdiccional la ejecución del título ejecutivo –acta de conciliación o sentencia según corresponda–, mediante el requerimiento del cumplimiento de sus obligaciones al deudor alimentario.

iii) Como consecuencia de lo anterior, debe acreditarse que el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución del acta o la sentencia haya procedido a expedir el mandato ejecutivo exigiendo al ejecutado el cumplimiento de la obligación alimentaria, a través del requerimiento que se hace en sede jurisdiccional para que el deudor alimentario cumpla con su obligación, bajo apercibimiento expreso de remitir al fiscal las copias certificadas de la liquidación de las pensiones adeudadas.

iv) Luego de este requerimiento el deudor alimentario debe persistir en el incumplimiento de sus obligaciones, originadas por un comportamiento doloso con intención de sustraerse de sus obligaciones alimentarias y hacer caso omiso al requerimiento contenido en el mandato judicial, con lo cual el Juez debe hacer efectivo el apercibimiento.

v) La modificación introducida por la Ley Nº 28439[345], Ley que simplifica las reglas del proceso de alimentos, determina que si el obli-

(345) Código Procesal Civil.
"Artículo 566-A.- Apercibimiento y remisión al Fiscal.
Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el juez, a pedido de parte y previo requerimiento de la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de

gado luego de haber sido notificado para la ejecución de la sentencia firme no cumple con el pago de los alimentos, el juez a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al fiscal provincial de turno a fin de que proceda conforme a sus atribuciones. Esta modificación permite que se solicite al juzgador que ha tenido conocimiento y sentenciado el juicio de alimentos que cumpla con lo ordenado por ley, es decir, de oficio remitir copia certificada de la liquidación de las pensiones al fiscal de turno quien formulará la denuncia por ante el juez penal de turno.

vi) Este procedimiento también resultaría aplicable en los casos en que la obligación alimentaria se encuentre contenida en un acta de conciliación extrajudicial y no en una sentencia, toda vez que ambos instrumentos son equivalentes al ser títulos ejecutivos que se ejecutan en la misma vía procedimental, con la salvedad que únicamente se limitarían a exigir el cumplimiento de las pensiones alimenticias adeudadas y que han sido calculadas mediante la liquidación respectiva. Decimos esto, toda vez que, como sabemos, los devengados de pensión alimenticia se liquidan únicamente dentro de un proceso de alimentos a partir del día siguiente de la notificación de la demanda de alimentos, atendiendo a lo ocurrido en el cuaderno de asignación anticipada, conforme lo señala el artículo 568 del Código Procesal Civil, y si las obligaciones del deudor alimentario emanan de un acta de conciliación extrajudicial tenemos que el acuerdo hizo innecesaria la interposición de la demanda, no existiendo ni proceso ni tampoco pensiones devengadas.

vii) En este orden de ideas, no puede considerarse que el tipo penal bajo comentario se refiera únicamente a obligaciones alimenticias emanadas exclusivamente de sentencias, pues estas pueden estar contenidas también en actas de conciliación que tienen idéntico valor que las sentencias al compartir la misma vía ejecutiva.

Como se ha señalado de manera previa, el tipo penal exige que: a) exista una obligación alimenticia –que puede estar contenida en una sentencia o en un acta de conciliación–, siendo que el deudor

---

las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda de acuerdo a sus atribuciones.
Dicho acto, sustituye el trámite de interposición de denuncia penal".
(Artículo incorporado por el artículo 1 de la Ley N° 28439).

alimentario no ha cumplido con dicha obligación; b) que el acreedor alimentario haya accionado en la vía ejecutiva solicitando al órgano jurisdiccional que emplace al deudor para que lo conmine al cumplimiento de la obligación alimenticia a través del requerimiento que es el instrumento que, finalmente, contiene el mandato judicial de cumplimiento de la obligación alimentaria; c) el requerimiento judicial de cumplimiento debe ser bajo apercibimiento de comunicar de este incumplimiento de la obligación alimentaria al fiscal; y, d) el deudor siga sin cumplir su obligación alimentaria de manera dolosa, pese al requerimiento jurisdiccional, debiendo hacerse efectivo el apercibimiento.

Decimos esto, ya que resultaría absurdo descartar las obligaciones alimentarias contenidas en un acta de conciliación y exigir que se deba iniciar un proceso judicial para obtener una sentencia que habilite a denunciar recién por el tipo penal de omisión de prestación de alimentos porque el acta y la sentencia tienen el mismo valor ejecutivo.

viii) Finalmente, el Decreto Legislativo N° 1194, que regula el Proceso Inmediato en casos de Flagrancia, señala que el fiscal deberá solicitar la incoación del proceso inmediato para los delitos de omisión de asistencia familiar, sin perjuicio de poder aplicar el principio de oportunidad. Con ello tenemos que la tramitación de estos delitos se caracteriza por su celeridad, existiendo disposición legal de juzgar de manera rápida el incumplimiento de las prestaciones alimentarias. Distinto será el hecho de considerar si se trata de una medida efectiva a nivel de política criminal, pero debemos reconocer que es un elemento que deberá considerar todo deudor alimentario que esté pensando en incumplir dolosamente con sus obligaciones, con lo que tenemos que más le convendría cumplir con sus obligaciones.

VI. CONCLUSIONES

Los acuerdos conciliatorios tienen una mayor vocación de cumplimiento al ser producto de acuerdos en los que prima la autonomía de la voluntad de las partes. Así, lo que diferencia un acta de conciliación con acuerdo de una sentencia es que la primera es el resultado de la coincidencia de voluntad de las partes mientras que la segunda es la decisión de un juez que es impuesta a las partes. Queda claro que ambos instrumentos deben ser cumplidos voluntariamente, y será ante un incumplimiento que la parte perjudicada podrá recurrir al proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

Además, debemos añadir que en el tema de alimentos el incumplimiento de la obligación alimentaria no se agota en la vía ejecutiva sino que, de persistir el incumplimiento por parte del deudor alimentario, se habilita al acreedor alimentario a recurrir a la vía penal y que solicite la privación de la libertad al deudor, amparado en el principio constitucional que no hay prisión por deudas salvo cuando se trate de obligaciones alimentarias.

El análisis sistemático de las normas a emplearse para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones alimentarias nos lleva a afirmar que en caso de incumplimiento doloso de dichas obligaciones contenidas en una sentencia habilita al acreedor alimentario a recurrir a la vía penal invocando la comisión del tipo penal contenido en el artículo 149 del Código Penal, debiendo agotarse la vía ejecutiva de manera previa con el requerimiento judicial bajo apercibimiento de accionarse en la vía penal, siendo que no nos limitamos a obligaciones alimentarias contenidas en sentencias sino que también pueden estar contenidas en actas de conciliación judiciales o extrajudiciales.

CAPÍTULO XVIII

ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INCORPORADAS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL POR LA LEY Nº 30293 Y SU INCIDENCIA EN LA CONCILIACIÓN *INTRA PROCESO*



CAPÍTULO XVIII

ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INCORPORADAS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL POR LA LEY Nº 30293 Y SU INCIDENCIA EN LA CONCILIACIÓN *INTRA PROCESO*

"La justicia conciliatoria no tiende a resolver el conflicto en forma tajante dando la razón a una u otra de las partes, sino de una manera más pacífica, siendo una forma de justicia coexistencial para quienes deben luego seguir conviviendo, una *wormer way of disputes*, esto es, una forma más cálida para resolver las disputas entre quienes se procuraba salieran de la resolución en buenas relaciones, sin vencedores ni vencidos".

Mauro Cappelletti

I. INTRODUCCIÓN

El 28 de diciembre de 2014 fue publicada en el diario oficial la Ley Nº 30293, Ley que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil a fin de promover la modernidad y celeridad procesal, y que entrará en vigencia a los 30 días hábiles de su publicación, los primeros días del mes de febrero de 2015. Como lo señala su artículo 1 esta ley tiene por objeto modificar el Código Procesal Civil a fin de brindar herramientas para la celeridad de los procesos civiles, y a la vez, modernizar algunos requisitos y formalidades. La relación de artículos del Código adjetivo que han sido modificados es muy amplia y versa sobre temas tales como la incompetencia, acumulación objetiva y subjetiva, sucesión procesal, notificación por comisión y edictos, pruebas de oficio, improbanza de la pretensión, actuación de pruebas, honorarios de peritos, tramitación de las tachas, suspensión legal y judicial del proceso, medios probatorios en la apelación de sentencias, trámite de la apelación sin efecto suspensivo, condena en costas y costos, pago de multas, requisitos y anexos de la demanda entre otros temas relevantes.

En el presente trabajo nos vamos a referir específicamente al análisis de dos artículos del Código Procesal Civil modificados por la norma en mención y que tienen que ver específicamente con la nueva regulación procesal en lo

que concierne a la posibilidad de realizarse audiencias de conciliación *intra-proceso*, específicamente el artículo 324 que trata de la formalidad de la conciliación procesal, y el artículo 480 referente a la tramitación del proceso de separación de cuerpos y de divorcio. También veremos las posibilidades de uniformización del tratamiento adjetivo de la institución de la conciliación procesal.

II. LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA CONCILIACIÓN PROCESAL

1. Tratamiento originario: conciliación procesal obligatoria

Resulta interesante la forma cómo se ha regulado la conciliación procesal en el Código Procesal Civil de 1993. En un contexto de proceso por audiencia la conciliación procesal era concebida originariamente como una audiencia de realización obligatoria guiada por un juez que tenía como una de sus funciones más importantes la de propiciar la conciliación entre las partes. En este sentido, la redacción original del artículo 324 del Código Procesal Civil prescribía lo siguiente:

> "Artículo 324.- Formalidad de la conciliación
>
> La conciliación puede ocurrir ante el juez del proceso en la audiencia respectiva, o en la que este convoque de oficio o cuando lo soliciten las partes para tal efecto.
>
> El juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera formular en esta audiencia".

El Código Procesal Civil regulaba originariamente a la institución de la conciliación pero con el carácter de ser una audiencia obligatoria que debía realizar el Juez al interior del proceso. Durante su vigencia se estableció la conciliación procesal en el Perú con las siguientes características: i) procesal (dentro del proceso o intraproceso); ii) obligatoria, bajo sanción de nulidad del proceso; iii) se realizaba ante el juez del litigio; iv) se hacía en la audiencia de conciliación respectiva o en cualquier momento posterior del proceso; y, v) podía ser convocada a pedido del juez o a solicitud de las partes.

Esta forma de conciliación llamada procesal está normada considerándola como una de las formas especiales de conclusión del proceso (junto con el allanamiento y reconocimiento, la transacción judicial, el desistimiento –de la acción y de la pretensión– y el abandono), y regulándola como tal en los artículos 323 al 329 del Código Procesal Civil que se encuentran en el Capítulo I sobre

Conciliación, Título IX, Formas Especiales de Conclusión del Proceso, Sección Tercera sobre Actividad Procesal, del Libro I sobre Justicia Civil.

1.1. Sistemas conciliatorios generados por el marco normativo originario

La redacción original del Código adjetivo, conforme lo hace notar Hilmer Zegarra[346], establecía la importancia reconocida a la conciliación y no limitaba la posibilidad de su celebración, estableciendo que esta podía realizarse hasta en tres momentos diferentes antes que se dicte sentencia en segunda instancia y ante la presencia del juez. Así, en un primer momento se celebraba en la audiencia de conciliación (según lo prescribían el derogado inciso 9 del artículo 478, y el inciso 8 del artículo 491 y artículo 554 del Código Procesal Civil, estos dos últimos modificados desde el año 2008 por el Decreto Legislativo Nº 1070); en un segundo momento, cuando el juez la convoque de oficio; y en un tercer momento, en el que las partes lo soliciten. De esta manera, el conflicto de intereses podrá ser solucionado –vía conciliación– en cualquier estado del proceso, pudiendo ser requerida tanto por el juez como por los litigantes.

Esta regulación adjetiva originaria generaba dentro del proceso civil tres sistemas conciliatorios, a saber:

a) Sistema de Conciliación Procesal Obligatoria del Juez

Que operaba cuando la conciliación debía convocarse y realizarse necesariamente por el juez en una audiencia obligatoria dentro del proceso judicial, al existir obligación legal de realizarla cumpliendo ciertas reglas procesales de manera escrupulosa (como requerir fórmula conciliatoria a las partes o proponerla él en caso de que las partes no aceptaran las fórmulas de aquellas) bajo sanción de nulidad.

b) Sistema de Conciliación Procesal Facultativa del Juez

Que implicaba la realización de la audiencia de conciliación al interior del proceso judicial cuando el juez lo creía necesario, esto es, el juez estaba facultado a convocar de oficio a una audiencia de conciliación procesal cuando consideraba que las circunstancias evidenciaban que las partes podían poner fin a la controversia mediante medios conciliatorios que hagan innecesario la imposición de una

(346) ZEGARRA ESCALANTE, Hilmer. *Formas alternativas de concluir un proceso civil*. 2ª edición actualizada, Marzol Perú Editores, Trujillo, 1999, pp. 111-112.

solución a las partes mediante expedición de sentencia, lo que justificaba el ejercicio de esta facultad de convocatoria por parte del juez.

c) Sistema de Conciliación Procesal Facultativa de las Partes

En el cual la realización de la audiencia de conciliación dependía exclusivamente de la voluntad de las partes, las cuales podían optar por solicitar de manera conjunta al juez la celebración de una audiencia de conciliación procesal a fin de evitar proseguir con el juicio y la consecuente expedición de la sentencia.

La falta de acuerdo conciliatorio en la realización de la audiencia de conciliación procesal obligatoria no impedía que, posterior a ella, se pudiese ejercer la facultad de convocar a una nueva audiencia de conciliación procesal amparado en cualquiera de los otros dos sistemas conciliatorios procesales existentes (facultativa del juez y facultativa de las partes), siempre y cuando no se hubiese expedido sentencia en segunda instancia.

2. Conciliación procesal *facultativa*, por modificación del Decreto Legislativo Nº 1070[347]

Posteriormente, el artículo 324 del Código Procesal Civil fue modificado por la única disposición modificatoria del Decreto Legislativo Nº 1070, publicado en el diario oficial el 28 de junio de 2008, quedando en los siguientes términos:

> "Artículo 324.- Formalidad de la conciliación.-
>
> La conciliación se llevará a cabo ante un centro de conciliación elegido por las partes; no obstante, si ambas lo solicitan, puede el Juez convocarla en cualquier etapa del proceso.
>
> El juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera formular en esta audiencia".

Esta nueva regulación varía la concepción en cuanto a la institución de la conciliación procesal, adoptando un criterio de considerarla facultativa, conforme pasamos a detallar.

(347) Cfr. PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "El fin de la conciliación (El nuevo marco normativo de la conciliación Extrajudicial dado por el Decreto Legislativo Nº 1070 y el nuevo Reglamento de la Ley de Conciliación)". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 180, Gaceta Jurídica. Lima, noviembre de 2008, pp. 88-103.

2.1. Fenecimiento del Sistema de Conciliación Procesal Obligatoria del Juez

Recordemos que, con la promulgación del Decreto Legislativo Nº 1070, mediante su disposición modificatoria única se derogaron los artículos 326 (Audiencia de conciliación) y 329 (Protocolo de la Conciliación) del Código Procesal Civil, a la vez que se modificó no solo el artículo 324 sino también el artículo 327[348] del mismo cuerpo normativo, transformando a la conciliación judicial, que dejó de ser una audiencia de carácter obligatoria para el juez para transformarse en un acto eminentemente facultativo para las partes. Otra consecuencia importante de esta regulación procesal es que la labor conciliadora se sustrae de la esfera procesal y se encomienda a un tercero imparcial y neutral como es el conciliador extrajudicial, que ejerce su labor al interior de un centro de conciliación Extrajudicial y que cuenta además con la ventaja de encontrarse capacitado en el manejo de conflictos.

Esta regulación presenta las siguientes características: i) la audiencia conciliatoria se puede realizar fuera del local del juzgado ante un centro de conciliación extrajudicial; ii) el procedimiento conciliatorio extrajudicial es concebido como un requisito de procedibilidad obligatorio, conforme a la regulación contenida en la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación; iii) el acuerdo conciliatorio adoptado ante un centro de conciliación extrajudicial puede emplearse como una forma de dar conclusión a un proceso abierto; y iv) la conciliación procesal, que es eminentemente facultativa, debe ser solicitada por ambas partes al juez, quien en atención a este pedido conjunto deberá convocar a la realización de la audiencia respectiva en cualquier etapa del proceso.

El Decreto Legislativo Nº 1070 también modificó el artículo 468[349] del Código Procesal Civil que, originariamente, obligaba al juez a convocar a una audiencia de conciliación procesal una vez saneado el proceso,

(348) Código Procesal Civil de 1993:
"Artículo 327.- Conciliación y proceso
Si habiendo proceso abierto, las partes concilian fuera de este, presentarán con un escrito el acta de conciliación respectiva, expedida por un centro de conciliación extrajudicial.
Presentada por las partes el acta de conciliación, el juez la aprobará previa verificación del requisito establecido en el artículo 325 y, declarará concluido el proceso.
Si la conciliación presentada al juez es parcial, y ella recae sobre alguna de las pretensiones o se refiere a alguno o algunos de los litigantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones o de las personas no afectadas. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de tercero" (el resaltado es nuestro).

(349) Código Procesal Civil de 1993:
"Artículo 468.- Fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio
Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.

prescindiendo actualmente de la realización obligatoria de la audiencia conciliatoria; por su parte se derogaron los artículos 469 al 472 referidos a la finalidad de la audiencia de conciliación y al hecho de tener una audiencia con o sin conciliación.

Con estas disposiciones se eliminó el Sistema de Conciliación Procesal Obligatoria del Juez, con lo cual se liberaba al juez de convocar obligatoriamente a una audiencia de conciliación procesal, convirtiéndolo en un juez de litigio. Un sector importante de magistrados considera adecuada la flexibilización de la realización de la audiencia de conciliación judicial que, al ser facultativa, la torna más ágil y menos formal; en este sentido nuestra posición siempre ha sido optar no por la eliminación de la audiencia de conciliación en sede judicial, sino poner a disposición de las partes múltiples espacios de diálogo en los que puedan emplear la conciliación, siendo un aspecto aparte el de la adecuada capacitación de los jueces en técnicas de conciliación que les permitan ser menos empíricos y más eficientes en cuanto al desempeño de su labor conciliadora.

2.2. Persistencia del Sistema de Conciliación Procesal Facultativa del Juez

En el sistema procesal incorporado al Código Procesal Civil por el Decreto Legislativo Nº 1070 existe la duda respecto al fenecimiento del Sistema de Conciliación Procesal Facultativo del Juez, pues si bien es cierto se dejó de regular expresamente en el Código adjetivo la posibilidad de que el juez convoque de oficio a una audiencia de conciliación procesal, se mantiene en la Ley Orgánica del Poder Judicial las facultades conciliatorias del juez[350] y, en consecuencia, se encontraría habilitado para poder convocar –aunque insistimos, de manera facultativa– a una audiencia de conciliación procesal. Consideramos que, a pesar de no haberse derogado las facultades

Solo cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, el juez señalará día y hora para la realización de la audiencia de pruebas.
La decisión por la que se ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ella es impugnable sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Al prescindir de esta audiencia el Juez procederá al juzgamiento anticipado, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar la realización de informe oral".

(350) Ley Orgánica del Poder Judicial:
"Artículo 185.- Facultades
Son facultades de los magistrados:
1. **Propiciar la conciliación de las partes mediante un comparendo en cualquier estado del juicio.** Si la conciliación se realiza en forma total se sienta acta indicando con precisión el acuerdo a que lleguen las partes. Si es solo parcial, se indica en el acta los puntos en los que las partes están de acuerdo y aquellos otros en que no están conformes y que quedan pendientes para la resolución judicial. Ratificadas las partes en el texto del acta, con asistencia de su respectivo Abogado, proceden a firmarla, en cuyo caso los acuerdos que se hayan concertado son exigibles en vía de ejecución de sentencia, formando cuaderno separado cuando la conciliación es solo parcial.
No es de aplicación esta facultad, cuando la naturaleza del proceso no lo permita.
(....)" (el resaltado es nuestro).

conciliatorias de los jueces contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, pocos jueces hicieron uso de aquellas, convirtiéndose en una institución casi inexistente, pudiendo afirmar que cayó en desuso aunque el sistema perviviese de manera formal.

2.3. El pedido conjunto como requisito del Sistema de Conciliación Procesal Facultativa de las Partes

Lo que sí queda claro es que el Sistema de Conciliación Procesal Facultativa de las Partes se mantiene vigente, siendo requisito indispensable que la realización de la audiencia de conciliación procesal sea solicitada al juez por ambas partes; aunque esta posición no es uniforme pues a criterio de Marianella Ledesma[351] pretender que el pedido de audiencia conciliatoria sea formulada por ambas partes, implicaría exigir el acuerdo preliminar entre estas para convocar a una audiencia conciliatoria, situación que no resulta viable en un primer momento, por el enfrentamiento de estas, siendo que nada perjudicaría al proceso que una de las partes, dentro del tiempo para proponerla, pudiera hacer conocer a través del juzgado, su vocación e interés por encontrar algún arreglo al litigio a través de la actividad conciliatoria.

Estimamos que el mandato legal es expreso al exigir que para que proceda la convocatoria a una audiencia de conciliación procesal deben ser ambas partes las que soliciten al juez su realización, lo que siempre va a suponer una especie de acuerdo preliminar, por lo que un pedido de naturaleza unilateral en este sentido no prosperaría a nivel procesal; sin embargo, y en aplicación del precitado artículo 327 del Código Procesal Civil, podría darse una manifestación de voluntad unilateral de una de las partes procesales de querer resolver la controversia que se encuentra judicializada, pero esta se hará en un contexto extrajudicial mediante la presentación de una solicitud de conciliación ante un centro de conciliación extrajudicial y, de llegarse a un acuerdo total podrá presentarse el acta de conciliación respectiva para que el juez concluya el proceso.

2.4. La conciliación extrajudicial obligatoria como requisito de procedibilidad

Por otra parte, el Decreto Legislativo Nº 1070 también modificó diversos artículos de la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación, con la finalidad de fortalecer a la conciliación extrajudicial al considerarla como requisito de

(351) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2009, p. 668.

procedibilidad tal como se desprende de una lectura del vigente artículo 6 de la ley(352), convirtiéndola en un requisito de procedibilidad obligatorio, previo a la interposición de toda demanda que verse sobre derechos disponibles.

2.5. Sistema Conciliatorio Pre Procesal Obligatoria para las Partes

Estas modificaciones generaron y fortalecieron un Sistema Conciliatorio Pre Procesal Obligatoria para las Partes, que también puede considerarse como un sistema prejudicial o de vía previa, en el cual, por mandato expreso de la ley, la conciliación es exigida a las partes de manera previa y obligatoriamente a la interposición de la demanda judicial, convirtiéndose en un requisito de procedibilidad de esta. En otras palabras, se exige al futuro litigante agotar la vía conciliatoria de manera previa, y en caso de no lograr solucionar su controversia, debe dejar constancia de esto en un acta que acompañará al escrito de demanda, sin la cual esta será declarada improcedente. Este es el sistema implementado por la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación y puesto en práctica en aquellos lugares donde viene funcionando la implementación progresiva de la exigencia de la conciliación como requisito de procedibilidad(353).

III. MODIFICACIONES INCORPORADAS POR LA LEY Nº 30293

1. Nueva fórmula legal del artículo 324 del Código Procesal Civil

La Ley Nº 30293 modifica nuevamente el artículo 324 del Código Procesal Civil en los siguientes términos:

(352) Ley Nº 26872. Ley de Conciliación:
"Artículo 6.-Falta de intento Conciliatorio.
Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la audiencia respectiva ante un centro de conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, **el juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar**" (el resaltado es nuestro).

(353) Recordemos que por Decreto Supremo Nº 005-2010-JUS se estableció el calendario oficial de entrada en vigencia de la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial y se ordenó que sean no menos de tres distritos conciliatorios por año. En las provincias donde se exige la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad se ha fortalecido la conciliación extrajudicial al ser considerada como un requisito de procedibilidad previo a la interposición de una demanda que verse sobre derechos disponibles de naturaleza civil, aunque una vez cumplido el intento conciliatorio y judicializada la controversia la conciliación procesal tiene un carácter facultativo, en mérito a las modificaciones introducidas al Código Procesal Civil por el Decreto Legislativo Nº 1070. Empero, este esquema de fortalecimiento de la conciliación extrajudicial no opera en el resto de provincias del país donde tenemos un esquema de debilitamiento de ambos sistemas conciliatorios (extrajudicial y procesal), toda vez que ni se exige el cumplimiento de requisito de procedibilidad alguno –que torna en la práctica a la conciliación extrajudicial en facultativa– y al interior del proceso judicial los jueces se encuentran con una audiencia de conciliación judicial de carácter facultativo. Es decir, en aquellos lugares donde no se encuentra implementada la obligatoriedad de la exigencia de la conciliación extrajudicial no existe ningún tipo de conciliación, ni procesal ni extrajudicial.

"Formalidad de la conciliación.-

Artículo 324.- La conciliación se lleva a cabo ante un centro de conciliación elegido por las partes; no obstante, si ambas lo solicitan, puede el juez convocarla en cualquier etapa del proceso. El juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera formular en esta audiencia.

Los jueces, de oficio o a solicitud de ambas partes, podrán citar a una audiencia de conciliación antes de emitir sentencia, salvo en los casos de violencia familiar. Si la audiencia de conciliación fuera a petición de ambas partes y cualquiera de ellas no concurre a la misma, se le aplica una multa de entre tres y seis unidades de referencia procesal (URP)".

2. Las nuevas relaciones entre los sistemas conciliatorios preprocesal obligatoria para las partes, procesal facultativa de las partes y facultativa del juez

En esta nueva regulación legal debemos precisar las nuevas relaciones que se dan entre los diversos sistemas conciliatorios existentes:

a) Se mantiene a la conciliación extrajudicial como un requisito de procedibilidad previo a la interposición de toda demanda sobre derechos disponibles, la cual se lleva a cabo ante un centro de conciliación extrajudicial elegido por las partes, es decir, se mantiene el Sistema Conciliatorio Pre Procesal Obligatorio para las Partes, aunque como hemos visto esta obligatoriedad se encuentre limitada territorialmente.

b) Por otro lado vemos que el marco normativo permite que, una vez judicializada la controversia, se pueda emplear a la conciliación extrajudicial como una forma especial de conclusión de un proceso abierto, por el que una de las partes o ambas podrán manifestar su deseo de concluir el proceso en instancia conciliatoria iniciando un procedimiento conciliatorio y arribando voluntariamente a un acuerdo que sirva para ello, conforme lo señala el artículo 327 del Código Procesal Civil.

c) Se establece la posibilidad de que, posterior la realización de la conciliación extrajudicial y consecuente judicialización de la controversia, a solicitud de ambas partes el juez puede convocar a una audiencia de conciliación procesal, pedido que puede hacerse en cualquier

etapa del proceso. Esto supone que se mantiene el Sistema Conciliatorio Procesal Facultativo de las Partes, pero con la exigencia legal expresa que el pedido de realización de la audiencia de conciliación procesal al juez debe ser formulado de manera conjunta por las partes procesales, en cualquier estado del proceso, antes de la expedición de sentencia en segunda instancia, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 323 del Código Procesal Civil.

d) También se señala que antes de expedir sentencia, los jueces –de oficio o a solicitud de ambas partes– podrán citar a una audiencia de conciliación procesal. Con ello tenemos la reincorporación legal expresa del Sistema Conciliatorio Procesal Facultativo del juez, por el cual los jueces tienen la facultad legal expresa de poder convocar de oficio a una audiencia de conciliación procesal, aunque debemos asumir que esta facultad podría ser considerada como una invocación final que formulan los jueces a las partes para que arreglen sus diferencias de manera armoniosa y mutuamente satisfactoria antes de expedir una sentencia que solamente beneficiaría a una de las partes.

e) La disposición legal expresa que esta audiencia a realizarse de manera previa a la expedición de la sentencia no solo puede ser convocada de oficio por el juez sino que también puede ser solicitada por ambas partes, lo que supone un punto de conexión entre los sistemas conciliatorios procesales facultativo del juez y facultativo de las partes.

f) Creemos que pudo haberse regulado mejor este tema, pues ya existe la posibilidad de que ambas partes puedan solicitar de manera conjunta la realización de una audiencia de conciliación en cualquier estado del proceso y, por ende, también antes de la expedición de la sentencia; en todo caso, y tomando como modelo lo que sucede en un esquema de Arb/Med(354), el juez de primera instancia podría convocar a una audiencia de conciliación previa a la expedición de la sentencia, invocando a las partes sobre la conveniencia del acuerdo que beneficie no a una sino a ambas partes. La naturaleza de esta

(354) La figura del "Arb/Med" se inicia con un juicio arbitral ordinario en el cual el árbitro llegado el momento de adoptar una decisión coloca el laudo en un sobre y sale un momento de la habitación, diciendo a las partes que pueden leer juntas el fallo o retomar el control de su disputa y comenzar a negociar. Al reingresar el árbitro, puede ocurrir que los participantes hayan decidido leer el fallo o que, por el contrario, se abstengan de ello. Si cuando vuelve a la sala las partes están hablando entre sí y no han abierto el sobre con el laudo, el tercero se transforma en mediador. En caso que lleguen a un acuerdo, el facilitador se guarda el sobre y nadie sabe cuál era su decisión. Cfr. HIGHTON, Elena I. y ÁLVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. Serie Resolución Alternativa de Disputas, N° 1, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 123-124.

audiencia debería ser de carácter muy informal y con un ánimo pacificador.

g) Otra posibilidad sería intentar un esquema de conciliación por derivación (que se configura en un sistema de conciliación procesal delegada), tal y como se encuentra contemplada en el ordenamiento procesal mexicano, específicamente en el artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que contempla que la actividad de conciliación la cumple no el juez sino un conciliador adscrito al juzgado, siendo que el juez tiene la obligación de remitir a las partes a un tercero experto en el manejo de situaciones conflictivas a efectos que dé trámite a la audiencia de conciliación, y en el caso de que la controversia se solucione, entonces procede a homologar el acta que contiene el acuerdo conciliatorio, caso contrario, retoma la conducción del procedimiento judicial.

h) El juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera expresar en la audiencia de conciliación procesal, sea esta convocada de oficio o a pedido de parte.

i) Coincidente con lo señalado por el marco normativo vigente, se prohíbe expresamente cualquier tipo de intento conciliatorio en temas que versen sobre violencia familiar. Recordemos que la Ley Nº 29990 –publicada en el diario oficial el 26 de enero de 2013– ha establecido la prohibición de emplear la conciliación como forma de resolución de conflictos en los que se advierta casos de violencia familiar. Esta prohibición se aplica mediante modificaciones a lo regulado por el Código de los Niños y Adolescentes, la Ley de Conciliación y el Código Penal, con lo que este nuevo marco normativo prohíbe conciliar casos de violencia familiar a cualquier nivel[355].

j) Finalmente, en el caso de que la audiencia de conciliación procesal hubiese sido convocada a pedido de las partes y esta no pudiese realizarse por inconcurrencia de cualquiera de ellas, se establece la obligación de imponer una multa a aquella parte entre 3 a 6 Unidades de Referencia Procesal. Recordemos que la Ley Nº 30293 también ha modificado el artículo 423 del Código Procesal Civil, referente

(355) Siempre hemos sido partidarios de la exclusión de la violencia familiar como materia conciliable. Al respecto Cfr.: PINEDO AUBIÁN, F. Martín: "Resulta saludable el marco normativo que prohíbe conciliar la violencia familiar". En: *Actualidad Jurídica*. Nº 231, Gaceta Jurídica. Lima, febrero, 2013, pp. 125; "El nuevo marco normativo que elimina la conciliación en asuntos de violencia familiar". En: *Revista Jurídica del Perú*. Nº 144, Lima, febrero, 2013, pp. 213-216; "No procede la conciliación extrajudicial en casos de violencia familiar". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Nº 1. Gaceta Jurídica. Lima, julio, 2013, pp. 315-316.

al pago de la multa, que debe pagarse inmediatamente después de impuesta y su exigencia ya no se hace por el juez de la causa al concluir el proceso, sino que luego de los 10 días de requerido el pago mediante la resolución correspondiente sin haberse hecho efectivo el pago se transfiere la resolución de multa para su cobro en la oficina correspondiente, la que dispone de facultades coactivas.

IV. LA CONCILIACIÓN EN EL PROCESO DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DIVORCIO

Ley N° 30293 también modifica la redacción del artículo 480 del Código adjetivo, que queda así:

> "Tramitación
>
> Artículo 480.- Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los numerales 1 al 12 del artículo 333 del Código Civil, se sujetan al trámite del proceso de conocimiento, con las particularidades reguladas en este subcapítulo.
>
> Estos procesos solo se impulsan a pedido de parte.
>
> Cuando haya hijos menores de edad, tanto el demandante como el demandado deberán anexar a su demanda o contestación una propuesta respecto a las pretensiones de tenencia, régimen de visitas y alimentos. El juez evalúa las coincidencias entre las propuestas y atendiendo a la naturaleza de las pretensiones, puede citar a una audiencia complementaria conforme lo establece el artículo 326 del Código Procesal Civil, en la cual oirá a los niños, niñas y adolescentes sobre los cuales versa el acuerdo.
>
> El juez evalúa las coincidencias entre las propuestas atendiendo a un criterio de razonabilidad, asimismo tomará en consideración la conducta procesal de aquel que haya frustrado el acto conciliatorio respecto a dichas pretensiones".

Los párrafos incorporados establecen una serie de disposiciones procesales:

a) En los procesos de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los numerales 1 al 12 del artículo 333 del Código Civil en donde se encuentren involucrados hijos menores de edad, se establece la obligación al demandante y al demandado de anexar a su demanda o contestación una propuesta respecto a las pretensiones de tenencia, régimen de visitas y alimentos. Como la norma lo

dice expresamente, este requisito es exigido de manera obligatoria, aunque no sanciona gravemente su falta de presentación, por lo que debemos asumir que es un requisito de admisibilidad que puede ser subsanado en caso de no ser presentado. Por otro lado, esta exigencia de formular propuesta no impediría la interposición de cualquiera de las medidas cautelares sobre alimentos, tenencia y cuidado de los hijos reguladas en el artículo 485 del Código Procesal Civil.

b) Existe una obligación legal para que el juez evalúe las posibles coincidencias de las propuestas presentadas por las partes y, atendiendo a la naturaleza de las pretensiones, de manera facultativa se encuentra habilitado para poder citar a ambas partes una audiencia complementaria conforme a lo establecido en el artículo 326[356] del Código Procesal Civil en la cual oirá a los niños, niñas y adolescentes sobre los cuales versa el acuerdo.

c) En un esquema de divorcio remedio se podría explicar la realización de una audiencia de conciliación facultativa, pero es muy difícil que su realización prospere en un esquema de divorcio sanción.

d) Un punto a considerar es que el artículo 326 del Código Procesal Civil se encuentra derogado desde el año 2008, por lo que deberíamos asumir que las pautas que contenía deberían ser consideradas únicamente de manera referencial como pautas para el desarrollo de la audiencia complementaria que podrá convocarse de manera facultativa, ya que no podemos aplicar una norma que ha sido derogada. En este sentido, el juez escuchará a ambas partes y las razones que ellas expongan y luego podrá proponer una fórmula conciliatoria, la que podrá ser aceptada o no por las partes.

---

(356) Código Procesal Civil de 1993:
"Artículo 326.- Audiencia de conciliación.-
Presentes las partes, o sus apoderados o representantes con capacidad para ello, el juez escuchará por su orden las razones que expongan. De inmediato propondrá la fórmula de conciliación que su prudente arbitrio le aconseje. También puede disponer la suspensión de la audiencia y su posterior reanudación dentro de un plazo no mayor de diez días.
Si la fórmula conciliatoria fuese aceptada, se anotará en el Libro de Conciliaciones que cada órgano jurisdiccional llevará al efecto, dejándose constancia en el expediente. Si la propuesta no es aceptada, se extenderá acta describiéndose la fórmula planteada, mencionándose además la parte que no prestó su conformidad a la misma.
Si la sentencia otorga igual o menor derecho que el que se propuso en la conciliación y fue rechazado, se le impone al que lo rechazó una multa no menor de dos ni mayor de diez unidades de referencia procesal, salvo que se trate de un proceso de alimentos, en cuyo caso el juez puede reducir la multa en atención al monto demandado y al que se ordena pagar en sentencia".
(Artículo derogado por la única disposición derogatoria del Decreto Legislativo Nº 1070 del 28 de junio de 2008).

e) Otro aspecto es el relacionado a la conveniencia de la participación de los menores en dicha audiencia complementaria. Asumimos que esta presencia deberá ser discrecional, aunque los artículos 9 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por Ley N° 27337, establecen el derecho a la libertad de opinión de los niños y adolescentes que estuviesen en condiciones de formarse sus propios juicios, teniendo derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten, así como se establece que el juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

f) Se establece que el juez deberá evaluar las coincidencias de las propuestas formuladas por las partes atendiendo a un criterio de razonabilidad, aunque estimamos que, en tanto hay menores involucrados, también deberá considerar el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto de sus derechos.

g) Se dice también que el juez debe tomar en consideración la conducta procesal de aquel que haya frustrado el acto conciliatorio. Si la lógica es aplicar referencialmente el artículo 326 del Código Procesal Civil, pues deberá considerarse que la falta de aceptación de la propuesta conciliatoria del juez y el reconocimiento en la posterior sentencia de igual o menor derecho del que se propuso en la audiencia complementaria de conciliación generaría la obligación de imponer una sanción, aunque resultará discutible si un juez pueda imponer una multa en mérito de una norma derogada. Situación similar podría ocurrir en caso de inconcurrencia de alguna de las partes que imposibilite realizar la audiencia de conciliación. En todo caso, estas conductas procesales sí deberán considerarse al momento de expedir sentencia.

V. CONCLUSIONES

Las modificatorias incorporadas por la Ley N° 30293, en lo que concierne a la posibilidad de realización de una audiencia de conciliación procesal, reafirman un sistema de conciliación procesal facultativo, tanto por parte del juez como de las partes procesales, aunque hubiésemos preferido que se restablezca el esquema de conciliación procesal obligatoria por parte del juez. En la práctica estos sistemas conciliatorios conviven con el sistema conciliatorio obligatorio pre procesal o de vía previa que es obligatorio para las partes antes de interponer su demanda.

Si bien es cierto este esfuerzo resulta loable, consideramos que pueden efectuarse correcciones y precisiones en lo que respecta a la forma en la que

los jueces deban actuar en las audiencias de conciliación procesal así como el objetivo que deba perseguirse en las mismas, sobre todo en la audiencia complementaria que podría convocarse en un proceso de divorcio y que se constituye en un problema al tratar de aplicar –aunque sea referencialmente– un artículo derogado. También, deberá explorarse la posibilidad de incorporación de otros sistemas conciliatorios (como la conciliación delegada), con la finalidad de brindar al justiciable varias opciones de conciliación, cada una con sus propias características y ventajas.

En abstracto, la conciliación como institución resulta un mecanismo muy interesante que propicia el acercamiento entre partes enemistadas con la finalidad de ponerlos en paz. El problema no es la conciliación sino las personas a las que hemos encomendado la labor conciliatoria, lo que debe ser una motivación para preocuparnos no solamente de brindar reglas procesales claras –por más facultativa que sea la conciliación procesal– sino también en la adecuada capacitación de aquellos que están destinados a conducirla y desarrollarla.

CAPÍTULO XIX

EL NUEVO MARCO NORMATIVO A EMPLEARSE EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CON EL ESTADO



CAPÍTULO XIX

EL NUEVO MARCO NORMATIVO A EMPLEARSE EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CON EL ESTADO

"El estado democrático debe aplicarse a servir a la mayoría y procurar a todos la igualdad delante de la ley, debe al mismo tiempo protegerse contra el egoísmo y proteger al individuo contra la arbitrariedad del Estado".

Pericles.

I. INTRODUCCIÓN

En la dinámica que existe entre los particulares y el Estado (o viceversa) pueden surgir infinidad de conflictos, ya sean estos de naturaleza contractual o extracontractual, los mismos que pueden ser resueltos a través de distintos mecanismos: algunos a través del proceso, otros mediante conciliación –procesal y extrajudicial– y otros que deben ser resueltos exclusivamente mediante el arbitraje.

El accionar del Estado en defensa de sus intereses, en cualquiera de los escenarios mencionados, se realiza principalmente a través de la participación de los procuradores públicos, los que representan a las entidades estatales y cuyo desempeño se ha caracterizado por ser poco partícipes de la solución de las controversias a través de mecanismos conciliatorios, motivados –tal vez– por el temor fundado de ser objeto de algún tipo de control posterior a nivel de Contraloría debido a la sospecha de haber algún tipo de colusión al realizar arreglos que se conciben como perjudiciales a los intereses del Estado aunque no sea más que una falsa percepción; además está el hecho de que en dichas audiencias solo cuentan con facultades de representación siendo que para realizar actos de disposición requieren de resolución autoritativa que los autorice a suscribir actas de conciliación, previo informe que deben presentar a la entidad que representan señalando la conveniencia del acuerdo, lo que en la práctica significa la suspensión de la audiencia de conciliación sin la certeza de que pueda obtenerse luz verde por parte de la entidad estatal, prefiriendo que el asunto sea decidido por un tercero.

Esto hace que se propicie el empleo del litigio o el arbitraje para que sea en definitiva un tercero el que decida la controversia a través de la expedición de una sentencia o de un laudo, luego de la tramitación de un proceso más o menos largo y tedioso. Obviamente que este espíritu adversarial del Estado se afianza en los casos en que la decisión no era favorable al Estado, estando casi obligados a interponer recursos impugnatorios (para el caso del proceso judicial) o recursos de anulación (para el caso de los arbitrajes).

En los últimos tiempos se han dado un conjunto de normas que están orientadas a variar esta forma de accionar del Estado en el manejo de sus controversias, flexibilizando sus obligaciones en busca de soluciones rápidas y eficientes, pero sobre todo que signifiquen un fortalecimiento del empleo de mecanismos pacíficos y que no signifiquen una inversión estéril de los recursos estatales. Si bien es cierto estamos en una especie de periodo de transición (que perfectamente podríamos denominarlo periodo bisagra) que marca la entrada en vigencia de manera progresiva de estas disposiciones legales –con la consecuente problemática de la aplicación temporal de las normas–, resulta interesante hacer un análisis general y sistemático a fin de ir especulando respecto del impacto que puedan tener en el futuro inmediato en la resolución de conflictos con el Estado.

II. LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN PROCESOS CIVILES

En trabajos anteriores hemos señalado que el marco normativo establecía como regla general la exigencia al Estado del cumplimiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad obligatorio antes de la interposición de una demanda que verse sobre derechos disponibles de las partes, Así, esta regla general establece que el Estado en su conjunto se encuentra dentro de los alcances de la pauta procesal obligatoria contemplada en el artículo 6 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, por lo que si no se cumple con el requisito de procedibilidad de acreditar haber solicitado la conciliación extrajudicial, el juez debe rechazar liminarmente la demanda interpuesta, declarando su improcedencia al no cumplirse con el requisito exigido[357].

Es este orden de ideas, resultaría imposible que un demandante que tenga la condición de ser parte del aparato estatal invoque una inexistente

(357) Cfr.: PINEDO AUBIÁN, F. Martín: "La conciliación extrajudicial es exigible al Estado cuando se trata de pretensiones sobre derechos disponibles". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 168, Gaceta Jurídica. Año 18, Lima, setiembre de 2012, pp. 99-109. Véase también: PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "La indemnización por daños y perjuicios es una materia conciliable obligatoria inclusive para el Estado". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 182, Gaceta Jurídica. Año 19, Lima, noviembre de 2013, pp. 169-179.

falta de exigencia del cumplimiento del requisito previo de la conciliación, a pesar de las prerrogativas y privilegios que posee el Estado dentro del marco normativo que regula el proceso civil. Asimismo, tampoco podría alegarse que sobre los bienes del Estado no hay facultades de libre disposición para argumentar una exclusión de la exigencia del requisito de la conciliación extrajudicial al no ser bienes sobre los que recae la característica de la libre disposición que sería facultad exclusiva de los bienes privados, toda vez que el marco normativo vigente permite los actos de disposición de derechos disponibles del Estado, pero cumpliendo con una serie de requisitos para la validez de estos actos. *A contrario sensu*, cuando el Estado sea demandado en este tipo de controversias, deberá exigir el cumplimiento del requisito previo del intento conciliatorio por parte del demandante, bajo sanción de exigir la declaración de improcedencia de la demanda interpuesta en su contra.

III. LA REGULACION EXCEPCIONAL INCORPORADA POR LEY Nº 30514

El régimen general señalado en el numeral anterior encuentra una primera situación que se constituye en una excepción a la regla general del cumplimiento obligatorio del requisito previo de la conciliación extrajudicial para el Estado, y que lo encontramos en la Ley Nº 30514, publicada el 10 de noviembre de 2016, y por la cual se incorpora el literal j) al artículo 9 de la Ley Nº 26872 (que regula las materias conciliables facultativas) y que señala expresamente que no es exigible la conciliación extrajudicial:

> "J) En los procesos de indemnización interpuestos por la Contraloría General de la República según la atribución conferida por el artículo 22, acápite d) de la Ley Nº 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, cuando, como consecuencia del ejercicio del control gubernamental, se determine que funcionarios, servidores públicos o terceros ocasionaron daños y perjuicios al Estado".

El control gubernamental, por definición legal, es la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes.

Así, el pedido indemnizatorio que en sede judicial formule únicamente la Contraloría General de la República, como consecuencia del ejercicio del control gubernamental en donde determine obligación de indemnizar al Estado de funcionarios, servidores públicos o terceros que ocasionaron perjuicios al mismo, se encuentra eximido de cumplir obligatoriamente con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, al haberse convertido en una materia conciliable facultativa. En otras palabras, no se prohíbe la posibilidad de conciliar el resarcimiento económico en vía de indemnización sino que deja de ser considerado un requisito de procedibilidad obligatorio y, al transformarse en una materia conciliable facultativa, dependerá de la Contraloría si es que inicia el procedimiento conciliatorio extrajudicial ante un centro de conciliación extrajudicial autorizado por el Ministerio de Justicia para establecer de mutuo acuerdo el monto de la indemnización o, si lo prefiere, demanda directamente ante el Poder Judicial a fin de que sea el juez el que establezca el monto indemnizatorio a favor del Estado.

Debemos entender –en concordancia con el referido artículo 22, acápite d) de la Ley Nº 27785– que el pedido indemnizatorio se refiere al resarcimiento por el daño económico causado al Estado. En los casos de encontrarse presunción de ilícito penal de funcionarios o servidores públicos o terceros, estos deberán ser sancionados en la vía penal y, una vez obtenida la sentencia firme que declara su responsabilidad penal, recién se acredita el perjuicio y en consecuencia se podrá accionar en la vía civil solicitando la respectiva indemnización por la comisión del delito o falta, siendo que en estos casos la conciliación también es facultativa, conforme lo señala el literal g) del artículo 9 de la Ley de Conciliación.

Este es un régimen excepcional que no resulta de aplicación a otras entidades distintas a la Contraloría General de la República –como ente rector del Sistema Nacional de Control–. Así, si el pedido indemnizatorio formulado por el Estado es formulado por una entidad estatal ajena al Sistema Nacional de Control entonces dicho pedido –en tanto se trata de un derecho de libre disposición– se encontrará sujeto a la exigencia del cumplimiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en las provincias o distritos conciliatorios en donde ya se ha implementado. El hecho de que se exonere a la Contraloría del intento conciliatorio previo al pedido indemnizatorio no responde a una política de Estado definida con claridad sino mas bien obedece a un utilitarismo nefasto que envía un mensaje negativo respecto de las ventajas del arreglo conciliatorio respecto de determinadas controversias, pues siempre quedará la duda del doble discurso del Estado, pues obliga a todo el mundo a intentar la conciliación previa como forma de resolución de controversias afirmando sus ventajas y bondades, pero paralelamente crea

mecanismos que excluyen al aparato estatal de su empleo en la resolución de controversias similares.

Vemos que el tratamiento normativo referente a las materias conciliables facultativas vuelve a sufrir una modificación parcial. Recordemos que por Ley Nº 29876 se modificó el artículo 9 de la Ley de Conciliación y se declararon facultativas las materias conciliables referentes a pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia y otros derechos derivados de la relación familiar que sean objeto de libre disposición, aunque la técnica legislativa fue deficiente porque siguen siendo consideradas materias conciliables obligatorias según se desprende de la lectura del segundo párrafo del artículo 7 de la Ley Nº 26872. Por otro lado, el artículo 7-A de la Ley Nº 26872 referente a las materias no conciliables ha sufrido modificaciones parciales al considerarse como temas prohibidos de conciliar a la violencia familiar (por Ley Nº 29990) y los casos de desalojo previstos en el Decreto Legislativo Nº 1177 –Decreto Legislativo que establece el Régimen de Promoción del Arrendamiento para vivienda y en la Ley Nº 28364– Ley que regula el Contrato de Capitalización Inmobiliaria y sus modificatorias (excluidos de la exigibilidad de la conciliación por Decreto Legislativo Nº 1196). Todo esto nos hace pensar que ha llegado el momento de unificar el tratamiento normativo de las materias conciliables en lugar de realizar modificaciones parciales que muchas veces responden a situaciones coyunturales o meros intereses momentáneos y que no son coordinadas mínimamente con el Ministerio de Justicia en su condición de ente rector de la conciliación.

IV. EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1326 Y LA REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

El día 6 de enero de 2017 se publicó en el diario oficial el Decreto Legislativo Nº 1326, Decreto Legislativo que reestructura el sistema administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado. Esta norma forma parte del paquete de normas dictadas por el Poder Ejecutivo al amparo de la Ley Nº 30506 que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar –entre otros– en materia de lucha contra la corrupción a fin de reestructurar el Sistema de Defensa Jurídica del Estado y que se encuentra en situación de *vacatio legis* pues recién entrará en vigencia al día siguiente de que sea publicado el respectivo reglamento. Recién allí operará la derogación expresa del Decreto Legislativo Nº 1068 que creó el Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

Tal como lo señala el artículo 3 de esta norma, ella contiene dispositivos que regulan la actuación de los procuradores públicos en sede fiscal, judicial,

extrajudicial, militar, arbitral, Tribunal Constitucional y órganos administrativos e instancias de similar naturaleza y conciliaciones. Para tal efecto se crea la Procuraduría General del Estado (art. 10) que es la entidad competente para regular, supervisar, orientar, articular y dictar lineamientos para la adecuada defensa de los intereses del Estado a cargo de los procuradores públicos, conforme a lo establecido en el artículo 47 de la Constitución Política del Perú.

Dentro de las funciones de esta Procuraduría General del Estado señaladas en el artículo 12 del Decreto Legislativo Nº 1326 está la de promover la solución de conflictos o controversias cuando estos generen un menoscabo en los intereses del Estado, en coordinación con entidades del Sector Público (numeral 6), así como coordinar y analizar con las entidades de la administración pública la viabilidad y la conveniencia –costo beneficio– de llegar a una solución amistosa en las controversias no judicializadas en las que el Estado sea parte (numeral 10)[358].

En el caso de los procuradores públicos, estos ejercen la defensa jurídica de los intereses del Estado (que puede darse a nivel de las procuradurías públicas nacionales, regionales, municipales, especializadas y ad hoc). Una función importante señalada de manera expresa en el artículo 33 del Decreto Legislativo Nº 1326 es que los procuradores públicos deben evaluar y proponer fórmulas tendientes a conseguir la conclusión de un proceso jurisdiccional, en aquellos casos cuyas estimaciones patrimoniales implican un mayor costo que el monto estimado que se pretende recuperar, conforme a los requisitos y procedimientos dispuestos por el Reglamento (numeral 1). También deben evaluar el inicio de acciones legales cuando estas resulten más onerosas que el beneficio económico que se pretende para el Estado (numeral 3).

Asimismo, este artículo 33 establece que los procuradores públicos deben emitir informes a los titulares de las entidades públicas proponiendo la solución más beneficiosa para el Estado, respecto de los procesos en los cuales interviene, bajo responsabilidad y con conocimiento a la Procuraduría General del Estado (numeral 6).

(358) Sobre el tema del **análisis costo-beneficio** resulta pertinente mencionar que por Decreto Legislativo Nº 1310 se aprobaron medidas adicionales de simplificación administrativa, exigiéndose que las entidades del Poder Ejecutivo deben realizar un **Análisis de Calidad Regulatoria** de todas las disposiciones normativas de alcance general –con excepción de leyes y normas con rango de ley– que establezcan procedimientos administrativos, a fin de identificar, reducir y/o eliminar aquellos que resulten innecesarios, injustificados, desproporcionados, redundantes o no se encuentren adecuados a la Ley de Procedimiento Administrativo General o a normas con rango de ley que les sirven de sustento. Para ello deben emplear el **Análisis de Calidad Regulatoria** para evaluar principios como el **costo-beneficio**, necesidad, efectividad, proporcionalidad de dichas disposiciones normativas.

Los procuradores públicos también deben conciliar, transigir y consentir resoluciones, así como desistirse de demandas, conforme a los requisitos y procedimientos dispuestos por el reglamento, siendo que para dichos efectos es necesario la autorización del titular de la entidad, previo informe del Procurador Público (numeral 8). Para términos prácticos, debe entenderse que se mantiene la obligación de obtener la autorización del titular de la entidad (que deberá darse como un acto administrativo contenido en una resolución de autorización o como actualmente se exige a través de una resolución autoritativa) previa presentación del respectivo informe del procurador respecto de la conveniencia de la conciliación, transacción, consentimiento de resoluciones y desistimiento.

Esto necesariamente supondrá una suspensión del procedimiento conciliatorio a fin de que el procurador público pueda presentar su informe y obtener la resolución de la entidad que lo autoriza a suscribir el acuerdo conciliatorio. En este sentido se ha pronunciado la Directiva Nº 001-2016-JUS/DGDP-DCMA, Lineamientos para la correcta prestación del servicio de conciliación extrajudicial, aprobada por Resolución Directoral Nº 069-2016-JUS/DGDP, que prescribe en su numeral 5.7 que el titular de la entidad, o la persona que este delegue de forma expresa y por resolución, cuenta con facultades suficientes para participar en los procedimientos de conciliación extrajudicial, pudiendo suscribir los acuerdos, si además está autorizado para ello. Luego precisa que para firmar los acuerdos conciliatorios, es necesario que se cuente con resolución autoritativa conforme a lo establecido en el artículo 38 y 38-B del Reglamento de la Ley de Defensa Jurídica del Estado, aprobado por Decreto Supremo Nº 017-2008-JUS –aun vigente–, debiendo esta contener los acuerdos a plasmarse en el Acta de Conciliación. Finalmente se precisa quantum respecto de la exigencia de la resolución autoritativa ya se señala que el procurador no requerirá de resolución autoritativa cuando el importe a pagar, que no sea pago indebido, no supere la 05 unidades impositivas tributarias.

En sentido idéntico está la regulación contenida en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo Nº 350-2015-EF (el cual aún no ha sido modificado a fin de adecuarlo a las recientes variaciones legales) y que señala que de ser necesario contar con una Resolución Autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio, el procedimiento se puede suspender hasta por un plazo de treinta (30) días hábiles. Si ambas partes lo acuerdan, dicho plazo puede ser ampliado por treinta (30) días hábiles adicionales. Si vencidos los plazos antes señalados la entidad no presenta la resolución autoritativa ante el centro de conciliación, se entenderá que no existe acuerdo y se concluirá el procedimiento conciliatorio.

V. EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1341 QUE MODIFICA LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO

Por otra parte, el 7 de enero de 2017 se publicó en el diario oficial el Decreto Legislativo N° 1341, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Según lo establecido en su segunda disposición complementaria final, las modificaciones efectuadas por este decreto legislativo entrarán en vigencia a los quince días contados a partir de la publicación de las modificaciones al reglamento de la Ley N° 30225, por lo que aun se encuentran también en periodo de *vacatio legis*.

Recordemos que la solución de controversias con el Estado en la etapa de ejecución contractual se realiza mediante conciliación, arbitraje o junta de resolución de disputas y se encuentra regulada por la nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF. El artículo 45.1 de la Ley N° 30225 dispone que se resuelven mediante conciliación o arbitraje las controversias que surjan entre las partes sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, siendo que las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

Si bien es cierto que el Decreto Legislativo N° 1341 modifica varios artículos de la Ley de Contrataciones del Estado, vamos a referirnos exclusivamente a las modificaciones efectuadas en lo que respecta a la solución de controversias de la ejecución contractual reguladas en el artículo 45 de la Ley N° 30225, a saber:

a) Recordemos que de acuerdo con lo señalado en el artículo 45.1 modificado, las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje aunque se establece como regla general que este arbitraje será de naturaleza institucional, según el acuerdo de las partes, mientras que el arbitraje *Ad Hoc* podrá emplearse de manera excepcional según los supuestos que en el reglamento se establezcan, regulación con la cual discrepamos pues se restringe la capacidad de decisión de las partes respecto al tipo de arbitraje que pueden elegir. Asimismo, la norma precisa que las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

b) Se mantiene la prohibición de someter a conciliación, arbitraje o junta de resolución de disputas la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución

de prestaciones adicionales. Por otro lado, las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.

c) También se mantiene la regulación contenida en el artículo 45.2 que señala que para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias –conciliación o arbitraje– dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento. En supuestos diferentes a los mencionados, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final. Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento. Se precisa que todos los plazos señalados en este numeral son de caducidad.

d) El artículo 45.5 sigue estableciendo que la conciliación se realiza en un centro de conciliación –extrajudicial– acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mientras que el arbitraje institucional se realiza en una institución arbitral acreditada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a lo dispuesto en la directiva que se apruebe para tal efecto. Lo que se ha incorporado en este artículo es que, presentada una propuesta de conciliación por el contratista, la entidad debe proceder a realizar el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible. En este extremo, resultaría muy interesante recoger la experiencia de la previa evaluación neutral o temprana o conocida

también como *early neutral evaluation*, que en nuestro sistema legal no pasó de ser un proyecto de ley(359), por la que se somete una controversia a expertos independientes de las partes para que emitan una decisión técnica contenida en un informe, previo a un juicio, con la finalidad de que se les facilite llegar a un acuerdo consensuado. El experto neutral es un tercero experto en el tema y que es contratado por las partes para que emita un dictamen y las partes –después y a partir de ese dictamen– se reúnen con sus abogados e inician un proceso de negociación contando con un parámetro objetivo y de legitimidad.

Vemos que la evaluación neutral (considerada como un medio alternativo de solución de conflictos adicional y complementario a la conciliación extrajudicial y al arbitraje) tiene por objeto coadyuvar a que las partes con vista a un informe imparcial lleguen a un acuerdo sin participación de un tercero en sus negociaciones; asimismo, no es un mecanismo presencial ya que no es necesaria su presencia en una audiencia bastando la solicitud de un informe por escrito el cual no tiene carácter vinculante para las partes sino que por el contrario solo tiene la condición de un informe que eventualmente serviría para que las partes transijan en su controversia o a través de un procedimiento conciliatorio lleguen a un acuerdo(360).

e) El mismo artículo 45.5 precisa que constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede, lo que es coincidente con lo prescrito en el numeral 10 del artículo 12 del Decreto Legislativo Nº 1326 señalado precedentemente. Asimismo, se determina que será el

(359) Mediante el Proyecto de Ley Nº 3372 97-CR cuyo autor fue el congresista Jorge Muñiz Siches, se propuso la incorporación a nuestra legislación de la figura de la "Evaluación Neutral" como un medio alternativo de solución de conflictos surgidos entre las partes y cuya actuación sería facultativa y complementaria a un procedimiento de conciliación extrajudicial. Este proyecto fue archivado definitivamente en la sesión del 2 de junio de 1999.

(360) Para efectos puramente didácticos se consideran únicamente a la negociación, mediación, conciliación, arbitraje y proceso judicial que se constituyen en una especie de formas **básicas de resolución de conflictos**, pero existen otras figuras híbridas como el med-arb, mini juicio y evaluación temprana neutral. Pero hay autores que consideran formas adicionales de resolver conflictos como la pericia arbitral, experto neutral, oyente neutral, esclarecedor de cuestiones de hecho, consejero especial, *ombudsman*, programas de quejas y reclamos, juicio sumario por jurados, acuerdo determinado por el jurado, grupo asesor circunscripto, alquiler de juez, tribunales religiosos, embellecimiento de contratos y operador de proceso, que no son sino derivaciones de estas formas básicas ya anotadas. Ver: HIGHTON, Elena I. y ÁLVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos. Serie Resolución Alternativa de Disputas*. Nº 1, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996. pp. 119-138.

reglamento establecerá otros criterios, parámetros y procedimientos para la toma de decisión de conciliar.

f) Se ha precisado que para desempeñarse como árbitro, únicamente en el caso de los arbitrajes *Ad hoc,* se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el OSCE, conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha entidad para tal efecto, siendo este un registro de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior. Además se ha eliminado la exigencia de que para desempeñarse como secretario arbitral se debe estar inscrito en el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales administrado por el OSCE.

g) El artículo 45.8 sigue señalando que el laudo arbitral es inapelable definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes en forma personal y a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) para efecto de su eficacia. La notificación se tiene por efectuada desde ocurrido el último acto. Contra dicho laudo solo cabe interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1071 Decreto Legislativo que norma el arbitraje en el Perú.

h) Se ha incorporado como un requisito para la interposición del recurso de anulación del laudo por el contratista que se requiere presentar fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad, conforme al porcentaje que se establezca en el reglamento, con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso. Esto aparentemente contradice lo regulado en el artículo 66 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje pues en esta norma se precisa que cuando la parte que impugna el laudo mediante el recurso de anulación solicite la suspensión del cumplimiento del laudo debe cumplir con la presentación de esta garantía, caso contrario únicamente no se suspende el cumplimiento de la obligación –que puede ser ejecutada en el proceso de ejecución respectivo– mas no se constituye como requisito para la interposición del recurso de anulación. Estaremos a la espera de lo que se señale en el reglamento para verificar si se mantiene esta aparente contradicción o se precisa que solo se exigirá si lo que se pretende además es paralizar la ejecución del laudo.

i) Por otro lado, se ha establecido que las entidades no pueden interponer recurso de anulación del laudo u otra actuación impugnable

en vía judicial, salvo que se cumplan las siguientes condiciones de manera conjunta: i) que la acción judicial sea autorizada por la máxima autoridad de la entidad, mediante resolución debidamente motivada, bajo responsabilidad, siendo esta facultad indelegable; y ii) que la referida autorización sea aprobada por el titular del sector correspondiente, excepto tratándose de ministerios en cuyo caso, la autorización deberá ser aprobada por Consejo de Ministros, y si consideramos que el plazo para la interposición del referido recurso es muy breve (dentro de los 20 días siguientes a la notificación del laudo, según lo prescrito en el artículo 64 del Decreto Legislativo Nº 1071), en la práctica será materialmente imposible contar con dicha autorización. Además se flexibiliza la labor de los procuradores públicos pues se señala que cuando no interpongan recurso de anulación de laudo no incurren en responsabilidad.

Adicionalmente, sin perjuicio de lo señalado el laudo puede ser anulado a solicitud de parte si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no se han ajustado a lo establecido en la presente ley y en su reglamento; siempre que tal circunstancia haya sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el árbitro único o tribunal arbitral por la parte afectada y fue desestimado. En caso de que dicha circunstancia haya constituido causal de recusación, la anulación solo resulta procedente si la parte afectada formuló, oportunamente, la recusación respectiva y esta fue desestimada.

VI. CONCLUSIONES

Resulta interesante que el norte que ahora pretende guiar el accionar del Estado en la búsqueda de resolución a sus controversias esté inspirado en el empleo de mecanismos que pretendan lograr la solución rápida y económica así como el empleo eficiente de sus recursos, obligando a sus defensores a realizar un verdadero análisis de las consecuencias de seguir litigando (en sede judicial o arbitral) y zanjar definitivamente la controversia cuando el resultado del litigio sea mucho menos favorable a los intereses del Estado, para lo cual no solo se flexibiliza su labor y funciones sino que hasta se plasma un mandato legal que obliga a ver el litigio como última ratio. Esperemos que las próximas disposiciones que reglamenten este accionar vayan en la misma dirección, pues como dijo Aristóteles: "no hace falta un gobierno perfecto; se necesita uno que sea práctico".

CAPÍTULO XX

ACERCA DE LA COLISIÓN NORMATIVA EXISTENTE EN LA DIRECTIVA QUE REGULA EL ACCIONAR DE LOS OPERADORES DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL



CAPÍTULO XX

ACERCA DE LA COLISIÓN NORMATIVA EXISTENTE EN LA DIRECTIVA QUE REGULA EL ACCIONAR DE LOS OPERADORES DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

"Las leyes inútiles debilitan a las necesarias"

Montesquieu

I. LA COLISIÓN NORMATIVA PRODUCIDA POR LA DIRECTIVA APROBADA MEDIANTE RESOLUCIÓN DIRECTORAL

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en su condición de ente rector de la conciliación extrajudicial en el Perú, ha aprobado mediante Resolución Directoral N° 069-2016-JUS-DGDP del 12 de agosto de 2016 la Directiva N° 001-2016-JUS-DGDP-DCMA denominada "Lineamientos para la correcta prestación del servicio de conciliación extrajudicial" elaborada por la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Medios Alternativos de Solución de Conflictos (DCMA) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Un hecho que llama poderosamente la atención es que el texto de esta directiva carece de una adecuada *divulgatio legis* al no haber sido publicada en el diario oficial así como tampoco la resolución directoral que la aprueba, lo que pondría en duda el carácter imperativo de sus disposiciones(361).

Dicha directiva contiene "criterios establecidos por la DCMA, con la finalidad que los operadores del sistema conciliatorio tomen de (sic) conocimiento y sirva como herramienta para la tramitación de las diversas solicitudes de conciliación de manera eficiente (...)". Prosigue señalando –y evidenciando

(361) Constitución Política del Perú.
"Artículo 109.- Vigencia y obligatoriedad de la Ley
La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte" (el resaltado es nuestro).
"Artículo 51.- Supremacía de la Constitución
La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado" (el resaltado es nuestro).

una visión procesalista de la conciliación extrajudicial– que "la conciliación extrajudicial es un procedimiento formal que asimila las exigencias, garantías y presupuestos del eventual proceso judicial a que podría dar lugar, como son la competencia territorial, relación jurídica existente, emplazamiento válido, actos jurídicos con fin lícito, legalidad de los acuerdos aplicables a cada caso concreto, la actuación por apoderados, entre otros; por lo que es preciso que el procedimiento conciliatorio que concluya con la expedición de un Acta de Conciliación cumpla con lo establecido en la Ley de Conciliación y su Reglamento".

No dudamos de las buenas intenciones de la DCMA al aprobar esta directiva, pero siempre nos ha parecido que cualquier tipo de mejora en la normativa no puede estar guiada por el secretismo ni la autosuficiencia de la administración pública sino que debe caracterizarse por la apertura y el diálogo toda vez que la experiencia de los operadores de la conciliación extrajudicial no se limita únicamente a los conciliadores de los centros de conciliación gratuitos del propio Ministerio sino que es más vasta y enriquecedora si sumamos la práctica de los operadores privados así como los diversos estudios académicos que se han venido realizando en los últimos años tratando de resolver problemas propios de un marco normativo que sigue presentando incongruencias.

Por otro lado, es evidente que nos encontramos frente a un caso de colisión normativa, pues vamos a encontrar que la nueva regulación introducida por esta directiva establece prohibiciones o precisa regulaciones en un sentido distinto y que no se encuentran consignadas en la Ley de Conciliación o en su reglamento. Es evidente que la directiva posee múltiples aciertos –y que felicitamos– pero es objeto del presente trabajo detallar las principales cuestiones formales que merecen un mejor análisis a fin de evitar que se produzcan incongruencias con otras disposiciones legales de mayor jerarquía, sobre la base de una visión integral que permita superarlas de una manera más óptima en beneficio de los operadores y usuarios del sistema conciliatorio.

II. OPCIONES DE SOLUCIÓN FRENTE A UN CASO DE COLISIÓN NORMATIVA

Resulta evidente que en el caso de existir colisión normativa entre normas de igual jerarquía, esta puede ser resuelta mediante una serie de criterios como la temporalidad, acudiendo al momento en que se dictaron estas disposiciones legales y que ordena que prevalezca la ley posterior que deroga a la ley anterior; por otro lado, tenemos el principio de especialidad de la norma, que sugiere que debe prevalecer la norma que contiene una regulación más

específica en detrimento de otra norma que no la tiene. En el caso de colisión normativa entre normas de diferente jerarquía, la solución parte por preferir a la norma de mayor jerarquía.

Como se sabe, el marco normativo que regula a la Conciliación Extrajudicial en el Perú está dado por la Ley Nº 26872 –Ley de Conciliación– (y sus respectivas modificatorias) y su norma de desarrollo que es el Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS, por el que se aprueba el vigente Reglamento de la Ley de Conciliación. En estos casi veinte años de vigencia de la norma se han producido una serie de modificaciones importantes a dicho marco normativo y que han significado cambios de dirección en la ruta que ha seguido la implementación de la conciliación extrajudicial como un eficaz mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

En este sentido, independientemente de las motivaciones a las que obedecían, estas modificaciones se realizaron a través de una técnica legislativa por la que el texto de la ley era modificado o derogado por otra norma de la misma jerarquía –ya sea una Ley o un Decreto Legislativo[(362)]– y lo mismo ocurría para el caso de su Reglamento, que era modificado o derogado siempre por un Decreto Supremo[(363)]. Han existido inclusive casos en los que se han dictado normas complementarias al mismo nivel, como ocurrió para el caso de la implementación progresiva de la obligatoriedad de la conciliación como requisito de procedibilidad, al establecerse el respectivo cronograma.

Como vemos, en estas múltiples modificaciones y derogaciones del marco normativo de la conciliación se ha respetado lo señalado en el artículo I del Título Preliminar del Código Civil cuando se precisa que una ley se deroga por otra ley[(364)].

La jerarquía normativa peruana está compuesta en un primer nivel por actos legislativos: la Constitución Política, seguida de los tratados, las Leyes (orgánicas, ordinarias, resoluciones legislativas, reglamento del Congreso, decretos de urgencia), los decretos legislativos, así como las normas regionales

(362) Recordemos que la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación, ha sido modificada en varias oportunidades. Así, tenemos las Leyes Nº 27363, 27398, 28163 y 29876. Además, por acto de legislación delegada contenido en el Decreto Legislativo Nº 1070 también se produjeron modificaciones importantes en el texto legal.

(363) La norma ha tenido tres reglamentos, aprobados por Decreto Supremo Nº 001-98-JUS, Decreto Supremo Nº 004-2005-JUS y el vigente Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS.

(364) Un ejemplo de derogación tácita de una ley por otra ley lo tenemos con la promulgación de la Ley Nº 29876 por la que se declaran los temas derivados del Derecho de familia como materias conciliables facultativas. Este texto legal dejó sin efecto la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación, que aun considera a estos temas como materias conciliables obligatorias. Otro ejemplo lo tenemos en la modificación legal por la que la conciliación extrajudicial dejó de ser considerada como requisito de admisibilidad para convertirse en requisito de procedibilidad.

de carácter general y las ordenanzas municipales. En un segundo nivel tenemos a los actos administrativos, compuestos por los decretos supremos, las resoluciones supremas, resoluciones ministeriales, resoluciones directorales y demás resoluciones expedidas por la autoridad administrativa. Todos estos actos se circunscriben dentro del vocablo ley, y en palabras de Marcial Rubio, "(...) aunque la utilización del vocablo 'Ley' pareciera excluir a las normas de rango inferior tales como los decretos y resoluciones (...) como en el caso de los decretos legislativos, también aquí consideramos procedente recurrir a la analogía señalando que, en aplicación a partir de este artículo, un decreto supremo solo podrá ser modificado por otro decreto supremo, y así sucesivamente (...)"[365]. En otras palabras, por legislación debe entenderse tanto el ámbito de las normas con rango de ley –leyes, resoluciones legislativas, tratados y decretos legislativos–, así como también otras disposiciones legislativas de rango distinto –decretos, resoluciones, ordenanzas, etc.– ya que la legislación contiene muchos más tipos de cuerpos normativos que las leyes e inclusive que todas las disposiciones con rango de ley.

En el supuesto de encontrarnos frente a un caso de colisión normativa en normas de distinto rango en la escala jerárquica normativa, se debe preferir a la norma de mayor jerarquía, conforme lo señala la propia Constitución Política. Así, el artículo 51 de la Constitución Política de 1993 establece claramente que: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente". Recordemos que el Principio de Jerarquía Normativa, conocido comúnmente como Pirámide de Kelsen, establece que una norma de inferior jerarquía dependerá su validez a que no sea incompatible con una norma de superior jerarquía, pues el ordenamiento jurídico es un sistema de normas ordenadas jerárquicamente entre sí. Se precisa que en caso de incompatibilidad de una norma constitucional o superior con una de inferior jerarquía, priman las primeras y no las segundas.

En este orden de ideas, debe considerarse que si bien es cierto que el inciso b) del artículo 109 del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo Nº 011-2012-JUS, establece como función de la DCMA proponer a la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia las Directivas requeridas para garantizar la calidad del servicio, y que el inciso l) del artículo 102 de dicho decreto supremo señala como función de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia, la de emitir resoluciones, circulares

(365) RUBIO CORREA, Marcial. *El Título Preliminar del Código Civil*. 10ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, octubre, 2008, p. 21.

y demás documentos de gestión de carácter general, estos deben estar orientados a lograr la eficacia y eficiencia de los servicios que ella –la Dirección General de Defensa Pública– brinda.

Se debe precisar además que la finalidad del ROF es definir y delimitar las facultades, funciones y atribuciones de los órganos que conforman el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, así como definir su estructura orgánica (art. 1) y es de aplicación exclusivamente a todas las unidades orgánicas, proyectos, comisiones, consejos y órganos de coordinación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, así como a sus organismos públicos adscritos (art. 3), con lo cual se puede colegir que los operadores privados no se encontrarían bajos los alcances de una regulación de tipo administrativa contenida en una Resolución Directoral y que es en muchos casos distinta a la señalada en la Ley de Conciliación y su reglamento, ya que sus obligaciones y funciones como operadores de la conciliación se encuentran precisadas en dichas normas.

III. ALGUNOS CASOS DE COLISIÓN NORMATIVA CONTENIDOS EN LA DIRECTIVA

1. Alimentos a hijos no reconocidos

El numeral 5.1.1. de la directiva establece en su literal a) que se considerarán como materias conciliables en materia de familia a la pensión de alimentos, precisando que se puede solicitar pensión de alimentos para hijos nacidos dentro del matrimonio, para hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres y de aquellos cuya paternidad no haya sido reconocida ni declarada judicialmente. Esto es coincidente con lo señalado en el Código de los Niños y Adolescentes que permite iniciar procesos de alimentos sin perjuicio de la prueba sobre el vínculo familiar.

Una primera observación la tenemos en que este supuesto de poder solicitar una conciliación para un menor no reconocido debe ser precisado en el Reglamento de la Ley de Conciliación, pues se tendría que considerar de manera expresa como una causal liberadora de la exigencia legal de adjuntar a la solicitud de conciliación copia de los documentos relacionados con el conflicto con la finalidad de acreditar la preexistencia del mismo (contenida en el artículo 14, numeral 4. del Reglamento), pues en este caso ya no sería necesario acreditar el entroncamiento y consecuente obligación legal de acudir con alimentos al acreedor alimentario limitándose únicamente a identificar a las partes.

Si analizamos esta situación desde la perspectiva de clasificar los alimentos en forzosos y voluntarios, tenemos que esta flexibilización en la exigencia de acreditar el entroncamiento podría ser una vía para que personas que no tienen la condición legal de deudores alimentarios puedan comprometerse mediante un acto de liberalidad a acudir con una pensión alimenticia voluntaria a personas que no serían acreedores alimentarios y con las cuales no habría una exigencia legal de acudir al existir un orden de prelación que debe respetarse, como ocurriría por ejemplo en el caso de abuelos, tíos o padrinos que quieren acudir a un menor que no es su hijo y con el cual no existe un vínculo formal ni una obligación legal de acudirlo –o viceversa, cuando se trate de nietos, sobrinos o ahijados que solicitan una pensión alimenticia–, en tanto seguiría siendo un acto voluntario que se constituye en una liberalidad que puede ser acordada vía conciliación.

En cuanto a la exigencia de indicar en la solicitud de conciliación la existencia de otras personas con derecho alimentario (contenida en el numeral 7 del artículo 12 del reglamento, y que debe ser concordada con el artículo 15, *in fine*, del mismo reglamento) deberá entenderse que debe seguir siendo cumplida al momento de recibirse la solicitud de conciliación. Esta disposición aplicable únicamente a los procedimientos conciliatorios que versen sobre alimentos deberá ser derogada por ser poco práctica al establecer una formalidad que ni siquiera se exige en los procesos de alimentos a nivel jurisdiccional.

Por otro lado, surge la duda respecto del hecho de acordar el establecimiento de una pensión de alimentos a un menor no reconocido y que esto pueda ser asumido como una especie de reconocimiento de filiación por parte del supuesto padre y, de acuerdo a lo señalado el Código del Niño y del Adolescente, podría ser empleado como causal de filiación. Debemos tener presente que según lo señalado en el artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes –modificado por Ley N° 28439–: "Si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el juez tendrá por reconocido al hijo. A este efecto enviará a la municipalidad que corresponda, copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso". Obviamente podríamos ampararnos en la regulación respecto de la confidencialidad contenida en el artículo 8 de la Ley de Conciliación que establece que todo lo sostenido o propuesto en la audiencia de conciliación carece de valor probatorio; pero surgen ciertas dudas respecto del empleo futuro del acuerdo conciliatorio contenido en el acta de conciliación como una forma indirecta de reconocimiento de filiación, más aún cuando se podría indicar una supuesta filiación en la solicitud, la que es parte integrante del acta de conciliación.

2. Imposibilidad de conciliar conflictos familiares establecidos previamente en sede judicial

La directiva en su numeral 5.2.1. al referirse a los supuestos y materias no conciliables establece que no se dará trámite a través de la conciliación extrajudicial, por tratarse de temas dispuestos en sede judicial, a los temas relativos a reducción o exoneración de alimentos, así como la variación de tenencia y de régimen de visitas. El argumento de que no podría modificarse el contenido de una sentencia a través de un acuerdo conciliatorio resulta muy endeble y no resiste el más mínimo análisis jurídico. Para empezar hay una contradicción contenida en el literal d) del numeral 5.1.1. de la directiva cuando señala que la exoneración de alimentos sí es conciliable, debiendo anexarse a la solicitud de conciliación la resolución judicial mediante la cual se otorgó la pensión de alimentos.

Pero hay un caso de colisión normativa evidente al advertir que esta disposición se contrapone al **Principio de Revisión de Derechos**[366].

El marco normativo vigente permite la posibilidad de conciliar temas relativos a pensión alimenticia, tenencia y régimen de visitas aunque estos ya hayan sido fijados en una sentencia judicial o en un acta de conciliación de manera previa. El principio de revisión de derechos debe entenderse en la posibilidad de que si las partes que se encuentran mencionadas en la sentencia o en el acta lo desean, pueden conciliar el establecimiento de nuevas condiciones para el cumplimiento de la pensión de alimentos en los casos de aumento, reducción y hasta exoneración de alimentos, para lo cual deberá mencionarse en el acta de conciliación que existe una sentencia o acta previa y las partes de común acuerdo deciden modificarla. El mismo criterio se aplica para la variación de la tenencia y del régimen de visitas.

En este orden de ideas, resulta evidente que el principio de revisión de derechos se opone al principio de cosa juzgada, y podríamos definirlo como la posibilidad de que los términos de un acuerdo conciliatorio o de una decisión judicial que establecen obligaciones para las partes puedan ser modificados posteriormente por las partes, ya sea de manera consensuada mediante un acuerdo conciliatorio o de manera forzosa a través del inicio de la acción correspondiente, si es que han variado las circunstancias de hecho o la situación de las partes que dieron origen y justificaron el reconocimiento de determinado derecho. Este es un principio que vemos exclusivamente en el

(366) Cfr. PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "¡Papá: cumples el acta o vas dentro!: La omisión de asistencia familiar por incumplimiento de acuerdos conciliatorios sobre alimentos". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Nº 36, junio, 2016, pp. 235-250.

Derecho de familia y que se materializa en temas como los de pensión de alimentos, régimen de visitas y tenencia, los que pueden ser variados posteriormente a su determinación.

Al respecto la Casación Nº 2511-2004/ICA establece que: "(...) Atendiendo a la naturaleza del Derecho alimentario, este se encuentra sujeto a las variaciones en la situación legal de las partes en el tiempo, además es un principio universalmente aceptado que no existe cosa juzgada en materia de fijación de pensiones alimentarias (...)". Por su parte la Casación Nº 4670-2006/La Libertad señala que: "(...) A diferencia de la generalidad de las sentencias que tienen la calidad de consentidas o ejecutoriadas, la recaída en un proceso de alimentos no tiene la calidad de cosa juzgada, en razón de que los alimentos pueden ser sujetos de aumento, disminución, exoneración, cese, entre otros, según sean las necesidades del alimentista o la capacidad del obligado; por lo tanto, los procesos de los cuales derivan permanecen siempre abiertos y no se consideran concluidos (...)".

Además, si analizamos la secuencia procesal establecida en el Código de los Niños y Adolescentes, vemos que el juez se encuentra obligado a convocar a una audiencia de conciliación procesal y se presenta la posibilidad de que una sentencia puede ser modificada por una conciliación procesal. Al respecto el artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes señala que una vez saneado el proceso el juez invocará a las partes a resolver la situación del niño o adolescente conciliatoriamente, siendo que si hay conciliación y esta no lesiona los intereses del niño o del adolescente se dejará constancia en acta de conciliación procesal y este acuerdo conciliatorio tendrá el mismo efecto de una sentencia. En este sentido, y aplicando supletoriamente el artículo 327 del Código Procesal Civil, no existiría inconveniente para que inclusive se pueda concluir el proceso a través del empleo de la conciliación extrajudicial si es que existe coincidencia de voluntades en las partes.

En definitiva, la directiva restringe la posibilidad de conciliar la reducción o exoneración de alimentos, la variación de tenencia y del régimen de visitas únicamente cuando estos temas han sido definidos de manera voluntaria mediante un acta de conciliación previa, pero excluye la posibilidad de conciliar estos temas si han sido establecidos por una sentencia, con lo cual obliga a las partes a judicializar innecesariamente estas controversias argumentando que solo el juez puede modificar una sentencia, pero olvidando que también existe un espacio dentro del proceso en el que las partes pueden acordar la modificación de los derechos reconocidos en una sentencia previa de manera libre y voluntaria haciendo innecesaria la expedición de la sentencia conforme se ha demostrado. Si esto es posible, entonces no debería existir impedimento

legal alguno para que las partes que deseen intentar resolver estas controversias puedan hacerlo mediante el empleo de la conciliación extrajudicial evitando el inicio del proceso.

3. Imposibilidad de conciliar un laudo arbitral

El numeral 5.2.2. de la directiva señala que algunas materias (refiriéndose a temas de naturaleza civil) contienen derechos no disponibles que cuentan con una vía propia de tramitación, otras deben ser objeto de actuación probatoria que conlleva declaración de derechos y en otros casos no existe conflicto, razón por la que no procede que sean abordadas a través de la conciliación extrajudicial. Así, en el literal d) precisa que un laudo arbitral no puede conciliarse porque es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, produciendo efectos de cosa juzgada similares a los de una sentencia judicial, por tanto, no puede ser modificado por voluntad de las partes. Este razonamiento colisiona con disposiciones legales que sí habilitan un comportamiento distinto al prohibido.

El artículo 123 del Código Procesal Civil establece el carácter inmutable de las sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, y de manera coincidente el artículo 328 del Código adjetivo señala que la conciliación surte el mismo efecto que la sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada. Por su parte, el artículo 59 del Decreto Legislativo Nº 1071 que regula el arbitraje establece que el laudo produce efectos de cosa juzgada. Para efectos prácticos, las sentencias judiciales firmes y consentidas, los laudos arbitrales y las actas de conciliación con acuerdo deben concebirse como instrumentos similares en lo que respecta a los efectos que presentan y la consiguiente posibilidad de ejecución de las obligaciones en ellos contenidas, porque al amparo del artículo 688 del Código Procesal Civil son títulos ejecutivos que comparten la misma vía de ejecución que es el proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

Ahora bien, si bien es cierto que las obligaciones contenidas en una sentencia pueden ser ejecutadas de manera forzosa no siempre se llega a esta ejecución. En este sentido, el artículo 339 del Código Procesal Civil establece que, aunque hubiera sentencia consentida o ejecutoriada, las partes pueden acordar condonar la obligación que esta contiene, novarla, prorrogar el plazo para su cumplimiento, convenir una dación en pago y, en general, celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el cumplimiento de la sentencia. Sin embargo –se precisa– dicho acto jurídico no tiene la calidad de transacción ni produce los efectos de esta. Es decir, al encontrarnos frente a una sentencia firme y consentida las partes se encuentran obligadas al

cumplimiento de lo ordenado por el magistrado, pero no existe ningún inconveniente para que ambas partes, de mutuo acuerdo, puedan regular o variar el mandato judicial, requiriéndose de manera obligatoria la coincidencia de voluntad de las partes contenida en un acto jurídico para acordar la forma de cumplimiento de la sentencia con autoridad de cosa juzgada, pero este posible acuerdo no afectará el valor de dicha decisión judicial.

En este sentido vale precisar que el convenio que realicen las partes, en momento posterior al pronunciamiento de una sentencia que queda firme, regulando o modificando el cumplimiento del fallo definitivo no configura una transacción; por lo que no se altera lo resuelto, conservando la calidad de cosa juzgada, incidiendo tan solo en su consumación material o ejecución, es decir, lo que las partes convengan podrá modificar el mandato judicial, pero la sentencia como acto permanecerá inalterable (Cas. N° 2154-2003, Lima).

Vemos que el artículo 339 del Código adjetivo contiene la posibilidad de modificar no solo una sentencia sino también se amplía la posibilidad de variación a un acuerdo conciliatorio o a un laudo arbitral a través de un acto jurídico posterior como lo es la conciliación, aunque no únicamente en cuanto al cumplimiento de las obligaciones sino también respecto a la posibilidad de variación de las obligaciones contenidas en el acta. Si partimos de la premisa que el acuerdo conciliatorio es un acto jurídico, en tanto es manifestación de voluntad de las partes destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, entonces no habría ningún inconveniente para que las partes pudieran –al amparo del artículo 339 del Código adjetivo– acordar vía una nueva conciliación variar o modificar la forma de cumplimiento de los acuerdos contenidos tanto en una sentencia como en un laudo o en un acta. El tema nos lleva también a verificar que sería posible sustituir una obligación primigenia por otra mediante el empleo de la novación –conforme lo habilita el artículo 1277 del Código Civil–, pero el requisito para que pueda proceder será que las partes estén de acuerdo en la sustitución de obligaciones, caso contrario se mantendrá el mérito ejecutivo del laudo y la consecuente exigibilidad de los acuerdos a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales[367].

4. Ilegalidad de las "Excepciones a la regla" en caso de declaración de improcedencia de una demanda

El numeral 5.2.2. de la directiva establece una excepción a la regla de las materias que no deben ser consideradas como conciliables, señalando que

(367) Cfr. PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "Acerca del efecto de cosa juzgada de las actas de conciliación". En: *Actualidad Civil*. Publicación del Instituto Pacífico. N° 28, Lima, octubre de 2016, pp. 237-248.

"cuando el órgano jurisdiccional declare improcedente la demanda por no haber agotado el intento conciliatorio respecto de una materia considerada no conciliable y, apelada la resolución, ha sido confirmada por el Superior, en estos casos podrán iniciar el procedimiento conciliatorio, debiendo adjuntarse copia de las resoluciones judiciales de ambas instancias". Luego se precisa que: "En audiencia efectiva, si las partes pretenden disponer de derechos que son indisponibles, el conciliador debe concluir la audiencia por decisión debidamente motivada del conciliador".

Esta disposición vulnera lo establecido en el artículo 7-A de la Ley de Conciliación que establece un catálogo de materias no conciliables para culminar en su literal j) señalando como mandato legal imperativo que no procede la conciliación en las pretensiones que no sean de libre disposición por las partes conciliantes. Recordemos que el artículo 7 de la misma ley precisa que son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes. En este sentido, encontrarnos frente a una materia que la ley de conciliación le da un mérito de ser no conciliable no puede ser transformada en materia conciliable simplemente por un acto contenido en una resolución jurisdiccional pues nos encontraríamos frente a un absurdo que denota una falta de comprensión respecto de la **conciliabilidad**, esto es, de lo que es susceptible de conciliarse o no.

En este caso se visualiza que debe cumplirse con la formalidad del requisito de procedibilidad pero no porque lo diga la norma sino porque lo ha determinado de manera errónea un magistrado a través de una decisión que ha sido objeto del respectivo recurso impugnatorio y cuyo criterio ha sido confirmado por el superior jerárquico. Esto supone habilitar al centro de conciliación únicamente a recibir y dar trámite a la solicitud de conciliación con el único objetivo de que el demandante cumpla con adjuntar a su demanda un acta de conciliación que acredite haber transitado por la instancia conciliatoria, estando prohibido poder conciliarse el tema de fondo que evidentemente no es una materia conciliable y ordenándose concluir el procedimiento mediante un acta de conclusión de procedimiento por decisión debidamente motivada del conciliador.

En lugar de optar por salidas fáciles que estén dirigidas al mero cumplimiento de una exigencia judicial surgida de un acto de calificación deficiente de la demanda –aunque esto signifique el dar trámite a un procedimiento sobre materia evidentemente no conciliable y que no habrá posibilidad de culminar con acuerdo de algún tipo–, debería pensarse en empezar a unificar criterios entre los operadores de la conciliación extrajudicial, los operadores jurisdiccionales y el ente rector de la conciliación, a fin de establecer lineamientos

sólidos respecto de determinar con la mayor precisión cuáles son las materias conciliables en las que sí deba exigirse agotar el intento previo de la conciliación extrajudicial y evitar este tipo de situaciones en que se desvirtúa la finalidad que debe perseguir la conciliación extrajudicial.

5. Representación

Debe considerarse el deficiente régimen de representación que se encuentra regulado en la Ley de Conciliación, debiendo existir un sinceramiento de la posibilidad de celebrar la conciliación extrajudicial a través de un apoderado con un régimen similar al regulado en el Código Procesal Civil y que, curiosamente, es menos formal que el régimen que se exige en la conciliación[368].

Al margen de ello, tenemos que en los casos en que se concurra a la audiencia de conciliación con un poder insuficiente se genera nueva pauta procedimental a la señalada en la ley de conciliación y su reglamento pues se señala en el numeral 5.4.5. de la directiva que en los casos que una de las partes asista con poder insuficiente a la audiencia de conciliación, no podrá participar de la misma, no obstante, se deberá consignar su presencia en la constancia de asistencia o en el acta de conciliación, según sea el caso, indicando que el poder no cumple con las formalidades de ley, siendo que ello no amerita la suscripción de la referida constancia o del acta. Además, se establece que se debe entregar copia certificada del acta de conciliación o copia simple de la constancia de suspensión, donde deberá hacerse constar que su poder no se encuentra con arreglo a ley y que motiva la no realización de la audiencia. Resulta obvio que si el representante carece de poder de representación suficiente este hecho debe considerarse como una simple y pura inasistencia.

6. Nuevas causales de reprogramación de audiencia

El numeral 5.8 de la directiva referente al procedimiento conciliatorio señala que si las partes asisten a la audiencia con Documento Nacional de Identidad caduco, el conciliador aplicando el principio de buena fe, reprogramará la audiencia de conciliación indicando el hecho ocurrido con la condición que en la siguiente fecha, la parte asista con ficha de trámite expedida por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) y el documento de identidad caduco. Se establece además que si en la siguiente fecha

(368) Cfr. PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "Ya tengo el poder (...) pero en la conciliación no voy a poder!: sugerencias para superar el deficiente tratamiento normativo de la representación en el procedimiento conciliatorio". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 102, Lima, agosto, 2009, pp. 271-278.

de audiencia, la parte asiste sin la ficha de trámite en el Reniec, el conciliador procederá a redactar la constancia de asistencia de la parte que tenga su documento de identidad vigente y la inasistencia de la parte que tenga el documento de identidad caduco. Si en la siguiente fecha de audiencia la situación persiste, se concluirá el procedimiento por inasistencia de una de las partes a dos sesiones.

Esta disposición genera innecesariamente una sesión adicional y una nueva causal de justificación de inasistencia y consecuente reprogramación de la audiencia distinta a la discapacidad física temporal debidamente acreditada señalada en el segundo párrafo del artículo 19 del Reglamento. Debería considerarse que la persona que concurre sin documento de identidad vigente o si la respectiva constancia que acredita que se encuentra realizando el trámite de renovación configura un simple caso de inasistencia, debiendo mantenerse un régimen que no permita su justificación ni la reprogramación de la audiencia, sino que se mantenga la regulación procedimental acorde a lo regulado en el artículo 21 del Reglamento de la Ley de Conciliación.

La directiva señala otros supuestos en los que procede la reprogramación de la audiencia de conciliación en supuestos distintos a los establecidos en el artículo 19 del reglamento: cuando las notificaciones se realicen sin arreglo a ley, se incumplan los plazos, entre otros. La reprogramación deja sin efecto la notificación defectuosa, debiendo ponerse en conocimiento de lo ocurrido a ambas partes. Estos supuestos adicionales (que vienen a salvar el vacío que se producía frente a la nulidad del acto de notificación de las invitaciones a conciliar por incumplimiento de las formalidades exigidas en el artículo 17 del reglamento) deberán consignarse obligatoriamente en el reglamento de la ley de conciliación a efectos que sean de cumplimiento obligatorio.

7. Desistimiento y conclusión del procedimiento con informe

El numeral 5.8. de la directiva señala en el literal d) que el solicitante puede desistirse del procedimiento conciliatorio en cualquier momento, siendo que el pedido de desistimiento debe ser por escrito, concluyendo el procedimiento conciliatorio con **Informe Debidamente Motivado**, el cual de haberse cursado las invitaciones a la parte invitada se le deberá poner de conocimiento.

Deberá entenderse que el acto de desistimiento planteado se equipara a un desistimiento de la pretensión y, en consecuencia, solo podría hacerse hasta antes de la expedición del acta de conciliación por la que se concluye el procedimiento conciliatorio, pudiendo formularse inclusive en la misma audiencia

de conciliación. Además, no habría impedimento para que este desistimiento pueda presentarse de manera conjunta o convencional. Pero recordemos que esta especie de desistimiento de la pretensión solo afecta la pretensión determinada planteada por el solicitante y consecuentemente el desarrollo del procedimiento conciliatorio al concluirlo por pedido expreso del solicitante mas no impide que posteriormente se pueda volver a presentar una nueva solicitud de conciliación sobre los mismos hechos ya que el hecho de haber transitado por la conciliación extrajudicial no significa agotar el derecho mismo.

Respecto de si se debe exigir la conformidad del invitado para que opere este desistimiento es claro que no se constituye en un requisito de validez, por lo cual no sería necesario, aun en el caso de que el emplazado formule pretensiones determinables (como los fundamentos de su probable reconvención al amparo del artículo 16 literal g de la Ley de Conciliación), situación en la cual deberá proseguirse con la audiencia respecto de la discusión de estas pretensiones determinables que no se verían afectadas por el desistimiento formulado por el solicitante respecto únicamente de las pretensiones formuladas por él.

Un hecho que debe considerarse es que el artículo 15 de la Ley de Conciliación establece las formas de conclusión del procedimiento conciliatorio y por su parte el artículo 16 de la ley señala que el acta debe contener necesariamente una de las formas de conclusión del procedimiento conciliatorio señaladas en el artículo anterior. Así, tenemos que por mandato legal todo procedimiento conciliatorio debe concluir mediante la expedición de la respectiva acta de conciliación, que es la forma natural de conclusión de un procedimiento, siendo que en ninguna parte de la normativa vigente se habla como forma alternativa de conclusión del procedimiento conciliatorio el hacerlo mediante la expedición de informes. Además, de persistir esta situación tendríamos procedimientos conciliatorios iniciados mediante una solicitud pero que no concluirían con un acta sino mediante un informe, supuesto que no se encuentra considerado como una forma de conclusión del procedimiento.

Recordemos que el artículo 15 de la Ley de Conciliación contempla como una de las formas de conclusión del procedimiento conciliatorio a la decisión debidamente motivada del conciliador en audiencia efectiva, por advertir violación a los Principios de la Conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a firmar el acta de conciliación. En este caso, nos encontramos ante la posibilidad de concluir el procedimiento conciliatorio por causales totalmente distintas a las otras mencionadas en el artículo 15 de la ley (a saber: acuerdo total, acuerdo parcial, falta de acuerdo, inasistencia de una parte a dos sesiones e inasistencia de ambas

partes a una sesión). El problema es que exige que nos encontremos frente a la concurrencia de la totalidad de las partes conciliantes en lo que se conoce como audiencia efectiva. Pero limita los casos de conclusión del procedimiento conciliatorio al retiro de alguna de las partes antes de la conclusión de la audiencia, o por negarse a firmar el acta o por advertir violación a los principios de la conciliación (como ocurre por ejemplo con el tema de la confidencialidad). Deberá considerarse una futura modificación legal a fin de ampliar los alcances de esta causal de conclusión motivada del procedimiento a fin de que sirva como un cajón de sastre en el que se subsuman todas las formas de conclusión del procedimiento conciliatorio.

8. Obligación de crear nuevos libros de asistencia y entrega de copias

El numeral 5.10 de la directiva establece una serie de recomendaciones adicionales que se constituyen en realidad en nuevas obligaciones para los operadores de la conciliación.

El literal c) señala que el centro de conciliación extrajudicial, al concluir la audiencia de conciliación está obligado a entregar copia certificada del acta de conciliación a las partes asistentes para lo cual deberá crear el libro de registro de entrega de copias certificadas donde hará constar su entrega, lo que deberá ser comunicado a la DCMA.

Por su parte, el literal d) señala que el centro de conciliación extrajudicial, antes de iniciar la audiencia deberá identificar correctamente a las partes conciliantes y hacer constar su asistencia para lo cual deberá crear el libro de registro de asistencia donde hará firmar a las partes asistentes y con ello acreditar su asistencia, lo que deberá ser comunicado a la DCMA.

Es evidente que el procedimiento conciliatorio requiere de la incorporación de ciertos elementos que brinden un mejor nivel de seguridad al momento de constatar tanto la concurrencia de las partes como de verificar la entrega de las respectivas copias certificadas de las actas, pero recordemos que el artículo 52 del reglamento establece como única obligación del centro de conciliación contar únicamente con un libro de registro de actas, un archivo de expedientes y un archivo de actas, y se señala que es facultad de los centros de conciliación llevar otros libros de registros para mejor desarrollo de la prestación del servicio conciliatorio. No entendemos cual es la lógica para transformar una facultad en una obligación legal lo que evidencia un excesivo e innecesario formalismo que es ajeno a la naturaleza del procedimiento conciliatorio.

IV. CONCLUSIONES

Toda mejora al marco normativo que regula la conciliación extrajudicial, tanto en sus aspectos formales como de procedimiento, merece ser impulsada y apoyada. Pero esta mejora continua debe hacerse respetando criterios mínimos que respete el marco normativo vigente y con una visión sistemática que logre unificar y no atomizar los criterios a emplearse tanto por operadores como usuarios del sistema conciliatorio en su conjunto, y que no debe privilegiar determinados criterios institucionales sin considerar a la totalidad de operadores que poseen una abundante y enriquecedora experiencia ganada con mucho esfuerzo a lo largo de los años en el fragor del desarrollo de muchos procedimientos conciliatorios y que merece ser escuchada y tomada en cuenta. Este será el primer paso para luego buscar la unificación de criterios con el órgano jurisdiccional a fin de lograr una adecuada interacción habida cuenta que la institución de la conciliación extrajudicial tiene una relación de complementariedad con el Poder Judicial, pues su eficacia está supeditada a un adecuado funcionamiento de aquel en lo que respecta a la calificación de la conciliación como requisito de procedibilidad y como título ejecutivo.

Ely Devons dijo una vez, refiriéndose a los economistas: "si los economistas quieren estudiar el caballo, no van a mirar a los caballos. Se quedan en sus estudios diciendo: ¿qué haría yo si fuera caballo?". Regulaciones y modificaciones de un marco normativo que parten de meras especulaciones de escritorio no quedan más que en un largo inventario de buenas intenciones que muchas veces colisionan con disposiciones legales elementales al faltar una visión sistemática del marco legal en su conjunto al carecer muchas veces de una visión real e integral de cómo funciona la institución de la conciliación, lo que viene generando mayor confusión entre los operadores y usuarios del sistema conciliatorio. Esta situación de falta de apertura deberá ser revertida por la DCMA.

CAPÍTULO XXI

LA CONCILIACIÓN Y EL ARBITRAJE DE CONSUMO COMO FORMAS DE TUTELA DEL CONSUMIDOR EN EL PERÚ



CAPÍTULO XXI

LA CONCILIACIÓN Y EL ARBITRAJE DE CONSUMO COMO FORMAS DE TUTELA DEL CONSUMIDOR EN EL PERÚ

"El consumo es el único fin y propósito de toda producción, y el interés del productor debería ser atendido solo en la medida que sea necesario para promover el del consumidor."

Adam Smith

I. LA TUTELA DEL CONSUMIDOR

Como concepto general podemos ampararnos en la definición formulada por Guido Alpa que señala que **la tutela del consumidor se integra con un complejo normativo de diverso valor y fuerza, dirigido a proteger la salud, la integridad física y el patrimonio de las personas, de las consecuencias negativas derivadas de la comercialización de bienes y servicios de consumo; esas normas forman parte a su vez, de un complejo más vasto, que suele denominarse Derecho del consumo, y que comprende no solo a los consumidores, sino a los proveedores y a los diversos organismos de contralor del Estado**[369].

Doctrinariamente se realizaba una distinción entre el **consumidor jurídico** (el que adquiere un bien o servicio) y el **consumidor material** (quien utiliza, consume o disfruta un bien o servicio), y con esta distinción se prestaban algunos cuestionamientos respecto del alcance de la protección que el marco normativo proporcionaba a estos últimos, ya que este criterio restringido giraba en torno al contrato de consumo y sus partes como sujetos legitimados, y con ello se entendería la plena protección del consumidor contratante, debilitándose el reclamo o derecho cuando se trataba del consumidor material. Esta distinción, injusta en la práctica, está siendo superada, ya que se deja de lado el concepto de **consumidor cliente** como sujeto protegido

(369) ALPA, Guido. *Tutela del consumatore e controlli sulla empresa*. Bologna, Il Mullino, 1977, p. 55 y ss.

por el marco normativo y se amplía la protección legal al consumidor **destinatario final**, tomando relevancia el concepto de consumo para provecho del grupo social, y el reconocimiento de sus derechos al reclamo aun cuando no hayan **consumidores clientes**(370).

En palabras de Hernández, en la llamada **sociedad de bienestar** (conocida también como *welfare state* o *stato de benessere*) se crean diariamente nuevos productos de consumo, siendo que no podemos escapar de la ambivalencia de la producción y del consumo, del cotidiano bombardeo de los sofisticados mensajes que las empresas de producción en masa dedican, a través de medios adecuados *(marketing)*, a los consumidores para que adquieran artículos superfluos que, obviamente, las más de las veces son innecesarios. En definitiva el "consumismo" afecta a esta categoría colectiva, no solo por dicha adquisición sino por su gran variedad y volumen, el alto costo y los defectos o vicios ocultos que a menudo padecen los artículos en el mercado, y la propaganda falaz e insidiosa con que se logra su asimilación. En este sentido, el eje del problema radica en cómo vamos a hacer frente a esa sociedad, sobre todo cuando los mecanismos de tutela no han sido lo suficientemente adecuados(371). Considera que otros problemas que afectan una adecuada tutela a los consumidores son el desconocimiento por parte de los consumidores de sus propios derechos, o los problemas psicológicos como obstáculos de los reclamos de tutela por parte del consumidor como poca cuantía del daño sufrido, convencimiento erróneo de o poder exigir a la empresa o temor de afrontar gastos procesales con escasa probabilidad de éxito(372).

En materia de tutela al consumidor, las Naciones Unidas, mediante Resolución 39/248 de la Asamblea General del 16 de abril de 1985, establecieron Directrices sobre Protección al Consumidor, debiendo prestarse atención a sus **disposiciones relativas**(373), las mismas que alientan la creación de

(370) En este sentido, el artículo IV, 1.1. del Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Ley Nº 29571, señala que se entiende por consumidores o usuarios a "las personas naturales y jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales o inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

(371) HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. "Estudios en torno a la tutela de consumidores". En: *Revista de Derecho Privado*. Órgano periódico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Año 2, Nº 6, setiembre-diciembre, Año 1991, p. 548.

(372) Ibídem, p. 549.

(373) **A/RES/39/248- 16 april 1985: –Disposiciones Relativas–**

"(...)

Annex

Guidelines for consumer protection.

E. Measures enabling consumers to obtain redress

28. Governments should establish or maintain legal and/or administrative measures to enable consumers or, as appropriate, relevant organizations to obtain redress through formal or informal procedures

mecanismos voluntarios de resolución de conflictos y propician la instauración de procedimientos extrajudiciales por las empresas para la recepción de reclamaciones y resolución de controversias[374].

Por su parte, la Comunidad Económica Europea y el Consejo de Europa emitieron Directivas en materia de tutela de consumidores (el Programa Preliminar para una Política de Protección e Información a los Consumidores, de abril de 1975 y, la Carta Europea de Protección a los Consumidores, de mayo de 1973), generando un sistema de protección con base en los derechos básicos de los consumidores, a saber: a) derechos de protección de la salud y la seguridad, b) derecho al resarcimiento de daños, c) la tutela de los intereses económicos, d) derecho a la educación, organización e información, e) derecho a la expresión (consulta y participación), f) derecho al asesoramiento y asistencia y, g) derecho a la representación[375].

Por ello, el derecho a la protección de los intereses económicos, hace alusión al tratamiento y control de aquellas actividades comerciales que pueden ser de modo injustificado económicamente lesivas a los consumidores. Así, la protección de este derecho encuentra su máxima expresión en la regulación que de la configuración del contrato ofrezca el ordenamiento jurídico privado, ya que el *iter* del contrato puede afectar al interés económico de los consumidores a lo largo de todo el proceso de formación (oferta y contenido del contrato) y de su vigencia (cumplimiento, garantías, posibilidad de renuncia y responsabilidad).

Un aspecto novedoso resultó el criterio de la Comunidad Económica Europea en lo relativo a mecanismos alternativos de tutela de los consumidores, cuya operatividad se instrumenta a través de la creación de organismos que intervienen en sucesivos momentos en el control de las condiciones generales de contratación, con funciones preventivas o de vigilancia sobre el empleo de cláusulas generales o contratos modelo que contengan cláusulas lesivas a los intereses de los consumidores, siendo que estas autoridades

that are expeditious, fair, inexpensive and accessible. Such procedures should take particular account of the needs of low-income consumers.

29. Governments should encourage all enterprises to resolve consumers disputes in a fair, expeditious an informal manner, and to establish voluntary mechanisms, including advisory services and informal complaints procedures, which can provide assistance to consumers.

30. Information on available redress and other dispute-resolving procedures should be made available to consumers".

(374) SAGÜÉS, María Sofía. "Falencias del acceso a la justicia en la tutela del consumidor en Argentina: problemática y perspectivas". En: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Número 32-33. Número especial sobre acceso a la justicia. Universidad Nacional Autónoma de México. Año 2002. pp. 102-104.

(375) HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. Ob. cit., pp. 552-553.

pueden conminar a las empresas al cese de la utilización de ciertas cláusulas abusivas, estando inclusive legitimadas para actuar ante la autoridad judicial. Una segunda característica de la tutela a los consumidores la tenemos en la creación de órganos de naturaleza parajudicial (integrados por representantes de los consumidores y la empresa), con competencia para conocer de controversias surgidas en ocasión de la violación de las directivas administrativas que prohíben cautelarmente el empleo de cláusulas abusivas. Aunque este nivel de protección está dirigidos a un colectivo terminan logrando su protección a nivel individual[376].

En lo que atañe al derecho a la representación y acceso a la justicia, pueden constituirse asociaciones de consumidores, las cuales pueden tener participación en el empleo de la mediación, la conciliación, el arbitraje y la amigable composición. Esta forma de solución de conflictos supone descartar la solución jurisdiccional y encomendarla a órganos integrados por representantes de los consumidores. En este sentido, se fomenta la creación de asociaciones o agrupaciones de consumidores.

Un antecedente de la regulación específica de protección al consumidor lo tenemos en la Constitución española de 1978, que incluye entre los derechos fundamentales de los habitantes una norma que garantiza la defensa de los consumidores y usuarios, en los siguientes términos:

> "Artículo 51
>
> 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.
>
> 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a estas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.
>
> 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales".

Al amparo de este precepto constitucional fue que posteriormente se expidió la Ley General 26/1984, del 19 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, la misma que por Real Decreto Legislativo N° 1/2007

(376) HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. Ob. cit. p. 555.

del 16 de noviembre de 2007 reúne en un texto único de 165 artículos la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios y la transposición de directivas comunitarias europeas que inciden en ella.

De manera similar, la Constitución Argentina consagra en su artículo 42 prescribe:

> "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

De manera coincidente y siguiendo esta tendencia, en nuestra legislación, el artículo 65 de la Constitución Política peruana de 1993 establece un precepto constitucional que reconoce los derechos de los consumidores y usuarios al señalar:

> "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población".

En este sentido, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Ley N° 29571, señala en el artículo VI referente a Políticas Públicas, en el numeral 6 que:

> "El Estado garantiza mecanismos eficaces y expeditivos para la situación de conflictos entre proveedores y consumidores. Para tal efecto, promueve que los proveedores atiendan y solucionen y rápidamente los reclamos de los consumidores, el uso de mecanismos alternativos de solución como la mediación, la conciliación y el arbitraje de consumo voluntario; y, sistemas de autorregulación; asimismo, garantiza el acceso a procedimientos administrativos y judiciales ágiles,

expeditivos y eficaces para la resolución de conflictos y la reparación de daños. Igualmente, facilita el acceso a las acciones por intereses colectivos y difusos".

Es decir, en materia de protección a los consumidores el marco normativo vigente dado por el Código de Protección y Defensa del Consumidor contempla dos niveles de resolución de conflictos entre consumidores y proveedores:

- Un primer nivel de protección a través del empleo de mecanismos alternativos de solución de conflictos como el arbitraje de consumo (arts. 137 al 144 y 145 al 146), la conciliación (art. 147) y la mediación (art. 148), por medio de los cuales la resolución de la controversia se hace por voluntad del árbitro de consumo o por voluntad de las partes en conflicto, lo que haría innecesario cualquier tipo de pronunciamiento por parte de la autoridad de consumo administrativa.
- Un segundo nivel de resolución de conflictos en sede administrativa mediante el inicio de procedimientos sancionadores a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), que es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocerlas presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, de Protección y Defensa del Consumidor, entidad que puede imponer sanciones y medidas correctivas en caso de acreditarse la responsabilidad administrativa del proveedor. La cobertura a nivel nacional del Indecopi se da mediante la constitución de órganos resolutivos de procesos sumarísimos de protección al consumidor y la desconcentración de la competencia de la Comisión de Protección al Consumidor las comisiones de a nivel de oficinas regionales.

II. EL ARBITRAJE DE CONSUMO

El arbitraje de consumo es un mecanismo alternativo de solución de conflictos en relaciones de consumo, especialmente diseñado y dirigido a atender las quejas y reclamaciones de los consumidores y usuarios en relación con proveedores que realicen cualquier actividad o sector empresarial. Su finalidad es la participación de un árbitro especializado en temas de consumo, cuya función será resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios mediante la expedición de un laudo arbitral.

El Sistema del Arbitraje de Consumo se encuentra regulado en los artículos 137 al 144 de la Ley Nº 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, y se encuentra reglamentado mediante el Decreto Supremo Nº 046-2011-PCM.

El Indecopi como autoridad de consumo, coordinará con los gobiernos regionales y municipales, para que estos, en su respectiva jurisdicción, organicen y promuevan el sistema entre los agentes del mercado y los consumidores, así como que constituyan de juntas arbitrales de consumo. Las juntas arbitrales, que funcionarán en la sede del gobierno regional o municipal, contarán con un presidente y un secretario técnico, que deberán ser abogados con reconocida solvencia e idoneidad profesional y conocimiento de las normas que contiene el Código de Consumo.

El sistema de arbitraje de consumo está inspirado en el sistema español, pero la diferencia fundamental es que el sistema español se desarrolla en sede judicial mientras que el sistema de arbitraje de consumo peruano se desarrolla en sede administrativa dependiente de la autoridad de consumo, en este caso, el Indecopi. Además, presenta una característica adicional en el hecho que, de acuerdo al artículo 137 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el arbitraje de consumo es gratuito, lo que implica que el inicio del procedimiento no está sujeto a pago de tasa o tarifa; sin embargo, los gastos que demanden la actuación de pruebas y otras diligencias, serán asumidos por la parte que solicita la actuación de la prueba.

De acuerdo con el artículo 140 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el sistema de arbitraje de consumo promovido por el Indecopi es voluntario, pero no impide que los proveedores y consumidores sometan sus discrepancias o controversias a un centro privado de arbitraje, siendo de aplicación en estos casos los reglamentos arbitrales de cada centro y la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo Nº 1071; para ello se va a requerir que en los contratos de consumo conste la cláusula arbitral indicando el centro de arbitraje privado donde se resolverán las discrepancias o controversias que puedan suscitarse.

La adhesión al sistema de arbitraje de consumo por parte de los proveedores será voluntaria, mediante la presentación de la respectiva solicitud al Indecopi, siendo que el periodo de adhesión será como mínimo por un año, aunque también puede ser indeterminado. Se entiende que la adhesión será válida para todas las juntas arbitrales que funcionen en el país. De producirse la adhesión del proveedor al sistema de arbitraje de consumo, de acuerdo al artículo 141 del Código de Protección y Defensa del

Consumidor, en su publicidad, vitrinas y papel membretado y en el portal del Indecopi se difundirá un distintivo que identifique que el proveedor está adherido al sistema, por tanto, cualquier controversia se resolverá a través del arbitraje de consumo. Pero también debe entenderse el sometimiento al arbitraje de consumo, cuando las partes han consignado en sus contratos la cláusula de sometimiento arbitral o, a través de documentos anexos, donde conste la voluntad del proveedor de arreglar las controversias a través del arbitraje.

En otros países donde se ha establecido de manera similar un Sistema de Arbitraje de Consumo (como los que existen en Argentina, en Brasil o en Europa), este es un sistema de arbitraje gratuito financiado por el Estado y casi todas las empresas se adhieren al sistema de arbitraje, incentivados en que empresas han encontrado que esta es una ventaja, ya que si el proveedor tiene un problema con un consumidor y no es capaz de resolverlo directamente, no tiene que ir a un procedimiento largo e incierto, sino que va al sistema de arbitraje de consumo supeditado a la autoridad de consumo que resuelva el problema mediante este sistema de arbitraje ágil y expeditivos, que proveen una solución más eficiente de los conflictos entre proveedores y consumidores. Aunque esta no es la única opción, puesto que en otros países (como Estados Unidos) el sistema de arbitraje de consumo aprovecha la capacidad instalada y el *know how* de instituciones arbitrales privadas de gran prestigio, que compiten entre ellos por la preferencia de los proveedores(377), lo que podría ser una alternativa a seguir para fortalecer el sistema de arbitraje de consumo a nivel nacional.

Los órganos arbitrales tienen entre sus funciones más importantes requerir a las partes la presentación y actuación de todo tipo de pruebas, citar a las partes para la realización de la audiencia única a fin de esclarecer los hechos controvertidos y expedir el laudo arbitral. En el caso de los órganos arbitrales colegiados, estarán integrados por tres árbitros, de los cuales dos serán designados de la lista de árbitros propuestos por las asociaciones de consumidores y gremios empresariales, respectivamente, y el presidente será designado por la entidad que constituyó la junta arbitral, trátese de un gobierno regional y/o local. En el caso de órganos arbitrales unipersonales, estos serán ejercidos por árbitros nominados por la respectiva autoridad

(377) CAVERO SAFRA, Enrique. "Comentarios sobre el sistema de arbitraje de consumo". Ponencia realizada en el *Primer Congreso Nacional de Arbitraje y Conciliación*. Evento organizado por el Centro de Investigación de Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco y la Universidad Andina del Cusco. Cusco, 18 y 19 de agosto de 2011.

regional y/o local y solo para peticiones de arbitraje cuya cuantía no supere una cuantía de 5 unidades impositivas tributarias.

En términos generales, el procedimiento arbitral posee las características de un proceso sumario, ya que se inicia con la petición a la junta arbitral, adjuntando los medios probatorios, otorgándose 2 días hábiles para subsanar omisiones y formalidades; el escrito de petición de inicio del procedimiento arbitral no requiere firma ni concurrencia de abogado en las diligencias. Admitida la petición de arbitraje, el órgano arbitral correrá traslado a la otra parte por 10 días hábiles; se podrá citar a audiencia única; el plazo máximo para expedir el laudo arbitral será de 90 días hábiles; para casos complejos el plazo para laudar se podrá extender por 15 días hábiles.

Características adicionales las tenemos en el hecho que los órganos arbitrales no pueden imponer sanciones administrativas, aunque sí existe la posibilidad que impongan indemnizaciones sin límite cualitativo ni cuantitativo, aunque la estructura del procedimiento arbitral podría no ser la adecuada para acreditar los daños.

El artículo 145 del Código de Protección y Defensa del Consumidor señala:

> **Artículo 145.- Arbitraje**
>
> El sometimiento voluntario del consumidor al arbitraje de consumo excluye la posibilidad de que este inicie un procedimiento administrativo por infracción a las normas del presente Código o que pretenda beneficiarse con una medida correctiva dictada por la autoridad de consumo en los procedimientos que esta pueda seguir para la protección del interés público de los consumidores.

La naturaleza del arbitraje determina la exclusión de someter una controversia al conocimiento y acto de decisión de la autoridad estatal para encomendarla a un árbitro en un procedimiento de naturaleza privada. En este sentido, cuando el consumidor decide someterse voluntariamente a un arbitraje de consumo, expresa su voluntad de que la controversia específica que mantiene de manera individual con el proveedor de un producto o servicio sea decidida en sede arbitral –aunque el arbitraje de consumo sea un arbitraje de naturaleza administrativa– mediante la participación de árbitros especializados que resuelven la controversia mediante la expedición de un laudo arbitral.

Ahora bien, la norma precisa que el sometimiento de la controversia a arbitraje de consumo tiene un efecto exclusivo y excluyente ya que se impide

al consumidor el empleo de mecanismos administrativos en la resolución de la controversia, al prohibírsele el inicio posterior de cualquier tipo de procedimiento administrativo contemplado en el artículo 106 del Código de Protección y Defensa del Consumidor[378] (salvo el procedimiento sancionador por incumplimiento de acuerdo conciliatorio o laudo arbitral) ante la Autoridad de Consumo, ya que el árbitro pasa a ocupar el lugar que le correspondería a la autoridad de consumo en la resolución de la controversia, impidiéndose pronunciamiento alguno del ente administrativo, puesto que la voluntad del consumidor se ha dado en el sentido que sea el árbitro, y no el ente administrativo, quien resuelva el fondo del asunto controvertido.

En otras palabras, aunque la controversia que supone la afectación de un interés individual que se someta a arbitraje implique infracción a las normas de protección al consumidor, este tema deberá ser resuelto única y exclusivamente mediante arbitraje de consumo (con la consabida prohibición al órgano arbitral de imponer sanciones administrativas) y no podrá solicitarse pronunciamiento alguno de la autoridad de consumo sobre este mismo tema que, por el solo sometimiento a arbitraje, ya excluye la participación de la autoridad de consumo en su conocimiento y resolución como conflicto individual.

Otra consecuencia del sometimiento de una controversia individual al arbitraje de consumo la tenemos en el hecho que, si la autoridad de consumo ejerciese su facultad de iniciar un procedimiento administrativo en defensa de intereses colectivos como consecuencia de los hechos vistos en el arbitraje de consumo, el solo sometimiento del consumidor al arbitraje de consumo le impide beneficiarse de cualquier medida que se dicte en sede administrativa en defensa de estos intereses difusos, puesto que su voluntad ha sido

(378) Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571:
"Artículo 106.- Procedimientos a cargo del Indecopi.
El Indecopi tiene a su cargo los siguientes procedimientos:
a. Procedimientos sancionadores:
i. Por infracción a las normas de protección al consumidor.
ii. Por incumplimiento de acuerdo conciliatorio o de laudo arbitral.
iii. Procedimiento administrativo sancionador por:
1. Proporcionar información falsa u ocultar, destruir o alterar información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido durante la tramitación de un procedimiento.
2. Negativa injustificada a cumplir un requerimiento de información efectuado.
3. Denuncia maliciosa.
b. Procedimientos sancionadores por incumplimiento de mandatos:
i. Por incumplimiento de medidas correctivas.
ii. Por incumplimiento de pago de costas y costos del procedimiento.
iii. Por incumplimiento de mandato cautelar.
c. Procedimiento de liquidación de costas y costos del procedimiento
De manera supletoria, en todo lo no previsto en el presente Código y en las disposiciones especiales, es aplicable a los procedimientos administrativos anteriormente señalados, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General".

la solución de la controversia mediante arbitraje, excluyendo cualquier tipo de sometimiento a las reglas y beneficios de la sede administrativa de tutela al consumidor. Esto supone que el consumidor que haya decidido someterse voluntariamente al arbitraje no podrá solicitar beneficio de ninguna clase hacia él, respecto de la aplicación de eventuales medidas correctivas –reparadoras o complementarias–, dictadas por la autoridad de consumo en los procedimientos que esta pudiera seguir en protección del interés público de los consumidores como consecuencia de la controversia materia del arbitraje o de otras controversias que sean similares a la suya que den origen a procedimientos administrativos en defensa del interés difuso de los consumidores, puesto que esto supondría una intromisión –indirecta– de la autoridad de consumo en el procedimiento arbitral, en el acto de decisión de las juntas arbitrales y en las consecuencias del laudo arbitral aplicable al caso particular.

El artículo 146 del Código de Protección y Defensa del Consumidor señala:

> **Artículo 146.- Laudo arbitral**
>
> El laudo arbitral que se emite en un arbitraje de consumo no es vinculante para la autoridad administrativa para que inicie o continúe de oficio un procedimiento administrativo en defensa del interés público de los consumidores.

Como ya se ha señalado, el sometimiento del consumidor a un arbitraje de consumo significa que desea que sea un árbitro y no la autoridad de consumo como ente administrativo el que resuelva su controversia individual, es decir, que se está decidiendo excluir la controversia concreta de los alcances generales de la protección y solución que proporciona la instancia administrativa en defensa de intereses colectivos de los consumidores y se decide someterla a un mecanismo arbitral donde se dará una solución específica a este caso concreto mediante la expedición del laudo arbitral, el mismo que tiene efectos de cosa juzgada al contener una solución definitiva de la controversia individual entre consumidor y proveedor y evita una revisión de esos mismos hechos en cualquier tipo de sede.

En este orden de ideas, a diferencia de la solución obtenida como consecuencia de un procedimiento administrativo que puede llegar a ser vinculante y tener alcances generales *erga omnes* –en caso se vulneren intereses colectivos de los consumidores–, y de cumplimiento obligatorio en la protección de la totalidad de consumidores, el laudo arbitral que se expide en la resolución de un caso concreto como acto de decisión en un arbitraje de consumo no obliga a la autoridad administrativa a iniciar o continuar un procedimiento administrativo en defensa del interés público de los consumidores, habida cuenta que

esta solución en sede arbitral contenida en el laudo arbitral solo tendría efectos vinculantes *inter partes* arbitrales, atendiendo a la naturaleza individual de la controversia.

Pero, si bien es cierto se reconoce que la solución contenida en el laudo arbitral solamente resuelve el conflicto intersubjetivo de intereses entre el proveedor y el consumidor, conforme a lo señalado en el artículo 143[379] del Código de Protección y Defensa del Consumidor, si al interior de un procedimiento que implique el empleo de mecanismos alternativos de solución de conflictos, ya sea un arbitraje de consumo, una conciliación o una mediación, la autoridad administrativa de consumo advierte indicios de hechos que supongan una infracción a la normativa sobre consumidor al existir indicios de afectación de intereses colectivos y sea susceptible de ser sancionada en defensa de estos intereses, esta se encuentra habilitada, facultativamente, para iniciar de oficio investigaciones y procedimientos administrativos que permitan la defensa de estos intereses difusos.

En estos casos, el arbitraje de consumo podrá continuar para resolver la controversia individual, sin perjuicio del pronunciamiento en defensa de los intereses colectivos que podría darse en sede administrativa, independientemente de la forma como se pronuncie el laudo arbitral; con lo que tenemos que la solución dada por el órgano arbitral solo resultaría vinculante para las partes arbitrales mas no para la autoridad administrativa que tendría la facultad de poder iniciar o continuar de oficio, procedimientos administrativos en defensa de intereses colectivos de los consumidores como consecuencia de los hechos que han sido apreciados y resueltos en instancia arbitral, aunque los consumidores no puedan beneficiarse de eventuales medidas correctivas dictadas en sede administrativa en defensa de intereses colectivos de los consumidores.

III. LA CONCILIACIÓN

El artículo 147 del Código de Protección y Defensa del Consumidor señala:

(379) Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley Nº 29571:
"Artículo 143. Intereses colectivos.
El sometimiento de una controversia a arbitraje, conciliación o mediación no impide a la Autoridad competente basarse en los mismos hechos como indicio de una infracción a las normas del presente Código para iniciar investigaciones y procedimientos de oficio por propia iniciativa que tenga por objeto la protección del interés colectivo de los consumidores.
La existencia de un arbitraje en trámite en el que se discute la posible afectación del interés particular de un consumidor, por hechos similares a los que son objeto de un procedimiento por afectación a intereses colectivos, no impide ni obstaculiza el trámite de este último.
En cualquier caso y aun cuando en la mediación o conciliación las partes arriben a un acuerdo, la autoridad competente puede iniciar por propia iniciativa o continuar de oficio el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que pueden estar afectándose intereses colectivos".

Artículo 147.- Conciliación

Los consumidores pueden conciliar la controversia surgida con el proveedor con anterioridad e incluso durante la tramitación de los procedimientos administrativos por infracción a las disposiciones de protección al consumidor a que se refiere el presente Código.

Los representantes de la autoridad de consumo autorizados para tal efecto pueden promover la conclusión del procedimiento administrativo mediante conciliación.

En la conciliación, el funcionario encargado de dirigir la audiencia, previo análisis del caso, puede intentar acercar las posiciones de las partes para propiciar un arreglo entre ellas o, alternativamente, propone una fórmula de conciliación de acuerdo con los hechos que son materia de controversia en el procedimiento, la que es evaluada por las partes en ese acto a fin de manifestar su posición o alternativas al respecto. La propuesta conciliatoria no genera responsabilidad de la persona encargada de la diligencia ni de la autoridad administrativa, debiendo constar ello en el acta correspondiente así como la fórmula propuesta.

El artículo 147 del Código de Protección y Defensa del Consumidor concibe el empleo de la conciliación en sede administrativa, no solo como un mecanismo alternativo de solución de conflictos de consumo que evita el inicio de un procedimiento administrativo ante la autoridad de consumo, sino que también se ha previsto su empleo como una forma que permite la conclusión de un procedimiento administrativo ya iniciado, evitando el pronunciamiento de la autoridad administrativa de consumo, siendo que el intento conciliatorio no solo se restringe a las partes (consumidor o proveedor) sino que se otorga facultades de promover e invocar la conciliación a los funcionarios representantes de la autoridad de consumo, quienes se encuentran facultados para, en cualquier momento, intentar acercar los intereses de las partes en conflicto y, eventualmente, proponer fórmulas de solución a las partes, hecho que no es visto como pérdida de imparcialidad y neutralidad ni mucho menos generará responsabilidad administrativa al funcionario encargado de dirigir la audiencia.

Esta posibilidad de concluir un procedimiento administrativo por invitación del funcionario ya estaba contemplada en el artículo 29[380] del Decreto

(380) Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, Decreto Legislativo Nº 807:
Artículo 29.- En cualquier estado del procedimiento, e incluso antes de admitirse a trámite la denuncia, el secretario técnico podrá citar a las partes a audiencia de conciliación. La audiencia se desarrollará ante el secretario técnico o ante la persona que este designe. Si ambas partes arriban a un acuerdo respecto de la denuncia se levantará un acta donde conste el acuerdo respectivo, el mismo que tendrá efectos de

Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, que establecía que en cualquier estado del procedimiento la Secretaría Técnica podrá citar a las partes a una audiencia de conciliación. Evidentemente, dicha disposición fue dejada sin efecto con la posterior entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, en la medida en que, según su artículo 28, el procedimiento en materia de competencia desleal se inicia siempre de oficio, que consideraba que el administrado que motive el inicio de un procedimiento se constituye únicamente como un colaborador de la Administración Pública. Ahora se retoma la posibilidad de iniciar este procedimiento de conciliación administrativa ante el funcionario del Indecopi.

Consideramos que el empleo de la conciliación en sede administrativa, tal como está prevista, se da dentro de un marco de facultatividad que no es muy provechoso si de lo que se trata es de ofrecer el empleo de mecanismos que exploren la posibilidad de una solución pronta a la controversia y arraigar en los usuarios su uso reiterado y constante como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. En todo caso, al ser una materia susceptible de ser valorada económicamente y ser objeto de libre disposición, debería considerarse su empleo no como una facultad sino como una instancia obligatoria previa al inicio de todo procedimiento administrativo, tal cual esta visualizado el régimen de obligatoriedad de la conciliación extrajudicial regulado por la Ley N° 26872, Ley de Conciliación[381], sugiriendo, en tanto la norma no lo prohíbe, que la resolución podría darse no solo en sede administrativa –por pedido expreso de las partes o del funcionario– sino también mediante el inicio previo al procedimiento administrativo de un procedimiento conciliatorio al interior de un centro de conciliación extrajudicial que ofrece la posibilidad de contar con la asistencia de un conciliador extrajudicial, que se encuentra capacitado y entrenado en técnicas de resolución de conflictos.

Si este mecanismo no obtuviera resultado favorable, entonces también existiría la posibilidad de que el funcionario de la autoridad de consumo convoque a una audiencia de conciliación al interior del procedimiento administrativo intentando la solución consensuada a la controversia. Debemos

transacción extrajudicial. En cualquier caso, la Comisión podrá continuar de oficio el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros".

(381) Ley de Conciliación, Ley N° 26872:
"Artículo 6.- Falta de intento conciliatorio
Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la audiencia respectiva ante un centro de conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar".
(Artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 1070, publicado en el diario oficial el 28 de junio de 2008).

precisar que no se trata de duplicidad de funciones sino de brindar a las partes en conflictos diversas instancias en las que se pueden agotar la posibilidad de llegar a una solución mutuamente satisfactoria, siendo que ambos sistemas conciliatorios –conciliación privada y conciliación administrativa– pueden convivir perfectamente.

Es más, si existiese procedimiento administrativo en curso, consideramos que no existiría inconveniente para que se acuda a un procedimiento conciliatorio –tanto privado como administrativo– a fin de intentar concluir el procedimiento sin tener que esperar al acto de decisión de la autoridad administrativa, de manera similar a la posibilidad de concluir un proceso judicial ya iniciado, antes de la expedición de la sentencia, mediante el acto conciliatorio, regulada por el artículo 327 del Código Procesal Civil[382].

Por otro lado, si bien es cierto, la audiencia conciliatoria administrativa se desarrolla de manera muy simple, la ley no señala pautas más específicas respecto a la forma de desarrollarla, como por ejemplo: cómo debe tratarse información reservada al amparo del principio de confidencialidad, si se pueden realizar sesiones privadas por separado con cada una de las partes, la no obligatoriedad de concurrir con abogado o la posibilidad de suspender la audiencia para otra sesión posterior. En este caso, se sugiere una aplicación supletoria del procedimiento de conciliación regulado en la Ley de Conciliación y su reglamento (aprobado por Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS), además de una capacitación a los funcionarios encargados de poder realizar estas audiencias de conciliación, en lo que se refiere a técnicas de negociación y técnicas de comunicación, a fin de poder estar a la altura de las exigencias propias en la gestión adecuada de conflictos[383], puesto que una diferencia cualitativa entre el conciliador administrativo y el conciliador extrajudicial es que los primeros concilian por mandato de la norma resultando su ejercicio un poco empírico, mientras que los segundos para conciliar deben acreditar un proceso de

(382) Código Procesal Civil:
"Artículo 327.- Conciliación y proceso.- Si habiendo proceso abierto, las partes concilian fuera de este, presentarán con un escrito el acta de conciliación respectiva, expedida por un centro de conciliación extrajudicial.
Presentada por las partes el acta de conciliación, el juez la aprobará previa verificación del requisito establecido en el artículo 325 y, declarará concluido el proceso.
Si la conciliación presentada al juez es parcial, y ella recae sobre alguna de las pretensiones o se refiere a alguno o algunos de los litigantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones o de las personas no afectadas. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de tercero".

(383) Para tener una visión respecto de cómo funciona el régimen de obligatoriedad de la conciliación extrajudicial y la dinámica propia de una audiencia de conciliación extrajudicial, remitimos a la lectura del siguiente artículo: PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "Se hace camino al andar: análisis crítico al recorrido que presenta el procedimiento conciliatorio". En: *Revista Jurídica del Perú*. Nº 118. Lima, diciembre de 2010, pp. 315-345.

formación y capacitación previo lo que puede garantizar su idoneidad en el manejo de situaciones conflictivas.

Respecto de las propuestas que puedan formular las partes o el funcionario encargado del desarrollo de la audiencia conciliatoria, no se regula con precisión cómo se maneja el tema de la confidencialidad, puesto que de una lectura del último párrafo del artículo bajo comentario, la propuesta de solución formulada por el funcionario no genera responsabilidad ni de él ni de la autoridad administrativa, pero dicha propuesta tiene que consignarse obligatoriamente en el acta respectiva. No se menciona si también existe obligación de consignar en el acta las propuestas o las posiciones que pudieran haberse formulado recíprocamente el consumidor como el proveedor, aunque debemos asumir que estas no deberán consignarse en el acta salvo si ambas partes lo autorizan expresamente.

En todo caso, la norma es clara al precisar que no se genera responsabilidad del funcionario o de la entidad administrativa por el solo hecho de proponer una fórmula conciliatoria, sino que debe considerarse como una consecuencia del ejercicio de sus facultades como conciliador administrativo y no un acto de parcialización a título personal o institucional, lo que impide cualquier tipo de cuestionamiento a su desempeño posterior en instancia decisoria, de manera similar a lo señalado por el artículo 324 del Código adjetivo(384).

Recordemos que a nivel de un proceso judicial, el juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera expresar en la audiencia de conciliación procesal, sea esta convocada de oficio o a pedido de parte. Las causales para solicitar la recusación de un juez se encuentran expresamente señaladas en el artículo 307 del Código Procesal Civil (amistad o enemistad manifiesta, parentesco consanguíneo o por afinidad, relaciones de crédito, empleadores o herederos, o existencia de proceso vigente con cualquiera de las partes, interés directo o indirecto en el resultado del proceso, entre otras). Al margen que no existe una causal específica de recusación del juez por las manifestaciones que pudiera formular en la audiencia de conciliación, debe entenderse que la disposición legal expresa prohíbe su recusación por esta inexistente causal, aun

(384) Código Procesal Civil:
"La conciliación se lleva a cabo ante un centro de conciliación elegido por las partes; no obstante, si ambas lo solicitan, puede el juez convocarla en cualquier etapa del proceso. El juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera formular en esta audiencia.
Los jueces, de oficio o a solicitud de ambas partes, podrán citar a una audiencia de conciliación antes de emitir sentencia, salvo en los casos de violencia familiar. Si la audiencia de conciliación fuera a petición de ambas partes y cualquiera de ellas no concurre a la misma, se le aplica una multa de entre tres y seis unidades de referencia procesal (URP)".
(Artículo modificado por la Ley N° 30293 publicada en el diario oficial el 28 de diciembre de 2014).

cuando cualquiera de las partes considere que exista algún tipo de prejuzgamiento o interés en el resultado del proceso.

En definitiva, lo que se busca con la prohibición de su recusación a nivel procesal es que los jueces no tengan temor de convocar a una audiencia de conciliación de oficio o a pedido de parte, al no ser posible que la mera proposición de fórmulas conciliatorias en dicha audiencia sea considerado por las partes como un prejuzgamiento que le cause un grave perjuicio a la hora de tener que resolverse la controversia mediante la expedición de una sentencia al haber fracaso la invocación conciliatoria del juez y, de ser considerado como un acto de prejuzgamiento, que no exista posibilidad de habilitar a las partes a formular tal pedido al interior del proceso. Lo correcto es que esta facultad de convocar a una conciliación y proponer fórmulas conciliatorias se enmarcan dentro de las funciones de todo magistrado que tienen como objetivo lograr la paz social, configurándose en un acto de buenas intenciones, resultado improcedente cualquier pedido de recusación del juez por las opiniones, manifestaciones o sugerencias que pudiera haber expresado en dicha audiencia.

En este orden de ideas, y a fin de evitar problemas derivados del intento de un consumidor o un proveedor de considerar a las propuestas del funcionario administrativo como una posible pérdida de imparcialidad y neutralidad –aunque ya la norma descarta cualquier tipo de responsabilidad de este o de la autoridad de consumo que representa en sede administrativa–, o de considerar a las propuestas de las partes como un reconocimiento de los hechos denunciados, sería recomendable adoptar la posición de consignar en el acta únicamente los hechos materia de controversia y los términos en que se plasmen los acuerdos conciliatorios –si se llegase a acuerdo entre las partes– o la falta de acuerdo o la inasistencia de una o ambas partes a la audiencia, asegurando a las partes que, en virtud del principio de confidencialidad que debe darse en toda audiencia de conciliación, nada de lo sostenido o dicho en la audiencia tiene valor probatorio, resultando innecesario consignar en el acta las propuestas formuladas, tal como lo señala el último párrafo del artículo 16 de la Ley de Conciliación[385].

IV. MEDIACIÓN

Respecto de la mediación, el artículo 148 del Código de Protección y Defensa del Consumidor señala:

(385) Ley de Conciliación, Ley N° 26872:
"Artículo 16.- Acta. (...)
El acta no podrá contener las posiciones y las propuestas de las partes o del conciliador, salvo que ambas lo autoricen expresamente, lo que podrá ser merituado por el juez respectivo en su oportunidad".

Artículo 148.- Mediación

Los consumidores pueden someter a mediación la controversia surgida con el proveedor con anterioridad a la tramitación de un procedimiento administrativo por infracción a las disposiciones de este Código.

El artículo bajo comentario precisa que el consumidor puede optar por el inicio de un procedimiento de mediación, el cual puede realizarse de manera facultativa con anterioridad al inicio de un procedimiento administrativo ante la autoridad de consumo. Si bien es cierto se considera a la mediación como un mecanismo facultativo de naturaleza privada previo al inicio de un procedimiento administrativo, no se establece de manera clara ante qué persona o entidad se iniciaría este procedimiento de mediación. Estimamos que, amparados en el marco legal vigente, en vez de hablar del sometimiento a **mediación** de manera previa al inicio del procedimiento administrativo, hubiera sido preferible emplear la conciliación extrajudicial regulada por la Ley N° 26872, considerándola como una conciliación de naturaleza **pre administrativa**, ya que en nuestra legislación solamente se contemplan de manera normativa al arbitraje y a la conciliación como mecanismos alternativos de solución de conflictos[(386)].

Asimismo, somos partidarios que en lugar de señalar a la mediación, se debería preferir el empleo de la conciliación extrajudicial regulada por la Ley N° 26872 para hacerse cargo de esta forma de resolución de conflictos toda vez que los problemas entre consumidores y proveedores perfectamente enmarcan dentro de la definición de las materias conciliables al poder ser susceptibles de ser valoradas económicamente y ser objeto de libre disposición[(387)]. Además, un aspecto favorable en el empleo de la conciliación extrajudicial como mecanismo previo al inicio de un procedimiento administrativo lo tendríamos en el aprovechamiento de la capacidad instalada de los centros de conciliación extrajudicial privados, así como en la idoneidad de los conciliadores extrajudiciales adscritos a los mismos que para el ejercicio de la labor conciliadora deben acreditar haber transitado por un proceso previo de formación y capacitación.

(386) Aunque es pertinente precisar que la única referencia existente en nuestra legislación respecto a la existencia de la mediación la teníamos en la legislación laboral, aunque encontramos una confusión de conceptos entre **mediador y conciliador**, puesto que en el artículo 59 del Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, se señala que, si las partes lo autorizan, el conciliador podrá actuar como mediador, a cuyo efecto, en el momento que lo considere oportuno, presentará una o más propuestas de solución que las partes pueden aceptar o rechazar.

(387) Respecto de la regulación de las materias conciliables, con sus características de ser susceptibles de valoración económica y ser objeto de libre disposición, sugerimos consultar el siguiente artículo: PINEDO AUBIÁN, F. Martín. "¿... Y eso es conciliable?: la vigente (y complicada) regulación de las materias conciliables en la Ley de Conciliación Extrajudicial". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 116. Lima, octubre de 2010, pp. 283-315.

Otro aspecto que redunda a favor de nuestra posición lo tenemos en cuanto a la limitación que presenta la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, habida cuenta que el mediador solo guía el procedimiento a su cargo, mas se encuentra imposibilitado de proponer a las partes fórmulas de solución a la controversia; situación que no se da en la conciliación en donde el tercero cuenta con facultades expresas para poder incidir en la solución ejerciendo cierta influencia en las partes a través del ejercicio de la facultad de poder proponer fórmulas de solución a las partes en vía de consejo o sugerencia, con lo que tiene un campo de maniobrabilidad más amplio.

Además, existe una omisión respecto del valor del acta conteniendo el posible acuerdo en vía de mediación, ya que esta no poseería el mismo valor que tiene el laudo arbitral o el acta con acuerdo conciliatorio. Efectivamente, el artículo 144[388] del Código de Protección y Defensa del Consumidor menciona expresamente que únicamente el laudo arbitral firme y el acta suscrita por las partes que contiene un acuerdo conciliatorio celebrado entre consumidor y proveedor constituyen título ejecutivo, conforme a los dispuesto en el artículo 688 del Código Procesal Civil[389]. En otras palabras, y concordando ambas disposiciones legales, solo las actas de conciliación con acuerdo y los laudos arbitrales serían susceptibles de ejecutarse mediante el proceso de ejecución de resoluciones judiciales al tener el valor de ser títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial, además de habilitar el inicio de un procedimiento sancionador en sede administrativa en caso de incumplimiento, de acuerdo al artículo 106 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, mientras que las actas de mediación solamente servirían como medio probatorio para acreditar la solución a la controversia entre consumidor y proveedor, mas no serian susceptibles de ejecutarse.

Por su parte, el artículo 149 del Código de Protección y Defensa del Consumidor señala:

(388) Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley Nº 29571:
"Artículo 144.- Exigibilidad de los laudos arbitrales y acuerdos
El laudo arbitral firme y el acta suscrita por las partes que contiene un acuerdo conciliatorio celebrado entre consumidor y proveedor, conforme a los mecanismos señalados en el presente capítulo, constituyen título ejecutivo, conforme a lo dispuesto en el artículo Nº 688 del Código Procesal Civil (...)".

(389) Código Procesal Civil:
"Artículo 688.- Títulos ejecutivos
Solo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:
Las resoluciones judiciales firmes,
Los laudos arbitrales firmes;
Las Actas de Conciliación de acuerdo a Ley; (...)".

Artículo 149.- Acta de mediación

La propuesta que puede plantear el denunciado no constituye reconocimiento de los hechos denunciados, salvo que así lo señale de manera expresa.

Este artículo señala que la propuesta que pudiera plantear el denunciado como opción de solución a la controversia con el consumidor no constituye reconocimiento expreso de responsabilidad alguna por los hechos denunciados, teniendo como única excepción que así sea señalado de manera expresa. Esto supone que el acta de mediación tendría que contener, necesariamente, las opciones de solución que pudieran formular tanto el consumidor como el proveedor, y que –excepcionalmente– podrían ser consideradas como un reconocimiento expreso del proveedor de los hechos denunciados. La posible consecuencia del reconocimiento expreso de los hechos denunciados sería considerarlos como una declaración asimilada, al amparo de lo regulado por el artículo 221 del Código Procesal Civil[390].

Aunque, como bien apunta Abanto[391], respecto de considerar un supuesto valor probatorio de los ofrecimientos conciliatorios, señala que, en ciertas ocasiones, la intención de un denunciado en sede administrativa de llegar a un acuerdo con el denunciante ofreciendo la devolución del importe de dinero recibido no implica necesariamente el reconocimiento de responsabilidad alguna respecto a la calidad del producto adquirido sino una conducta coincidente con una política de satisfacción al cliente, en aras de llegar a una solución armoniosa, aun en desmedro de su economía, o evitar un problema mayor, al ser más práctico hacer una concesión para obtener una solución rápida y económica, sobre todo si el cliente desea también ahorrar tiempo y dinero.

Recordemos que en aplicación del **principio de confidencialidad** se debe proteger a las partes de cualquier situación que signifique un aprovechamiento o abuso de la información que se pudiera conseguir de la contraparte en un procedimiento de naturaleza privada –sea este mediación o conciliación–, siendo que se debe garantizar a las partes que nada de lo sostenido o propuesto en la audiencia privada será empleado fuera de aquella en ningún tipo de proceso o procedimiento posterior pues carecerá de valor probatorio,

---

(390) Código Procesal Civil:
"Artículo 221.- Declaración asimilada.
Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de estas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa".

(391) ABANTO TORRES, Jaime David. *La conciliación extrajudicial y la conciliación judicial. Un puente de oro entre los MARC´S y la justicia ordinaria*. Grijley, Lima, 2010, pp. 214-220.

salvo las excepciones de ley. Esta es la columna vertebral de todo procedimiento de mediación o conciliación que dará a las partes la libertad de expresarse libremente.

Marianela Ledesma –citada por Abanto[392]– menciona respecto del valor probatorio que los órganos jurisdiccionales reconocen a las declaraciones de las partes en las audiencias conciliatorias, que existe dualidad en su tratamiento, ya que la conciliación judicial está influenciada por el principio de publicidad y por ello todo lo dicho por las partes tiene valor probatorio, mientras que en la conciliación extrajudicial se tiene como principio rector la confidencialidad, motivo por el cual lo actuado en el procedimiento conciliatorio carece de todo valor probatorio.

Consideramos que una forma de propiciar el acercamiento entre las partes sería una regulación más eficiente del principio de confidencialidad, siendo que en aplicación de este principio, en el acta de mediación con acuerdo a la que pudiera arribarse, solamente debería constar las controversias entre consumidor y proveedor que dieron origen al procedimiento de mediación y la forma en que se solucionó el problema, o la ausencia de solución. Si el acta va a contener el reconocimiento por parte del proveedor de los hechos denunciados, este reconocimiento deberá ser expreso.

V. CONCLUSIONES

El sistema de resolución de conflictos mediante mediación, conciliación y arbitraje regulado por el Código de Protección y Defensa del Consumidor presenta una serie de elementos que deben ser mejorados antes de aspirar a un empleo efectivo y eficiente:

a) Para un mejor empleo de la conciliación administrativa que busque lograr la adecuada resolución de conflictos entre consumidores y proveedores, debería señalarse la aplicación supletoria de las disposiciones contenidas en la Ley de Conciliación y su reglamento, sobre todo en lo que respecta al procedimiento y a los requisitos de validez del acta.

b) Se debe velar por capacitar adecuadamente a los conciliadores administrativos en el manejo de situaciones de conflicto así como en técnicas de comunicación, que les permitan desempeñarse adecuadamente en la conducción de una audiencia de conciliación. Recordemos que el ejercicio de su función se da por mandato legal, pero muchos

(392) ABANTO TORRES, Jaime David. Ob. cit., p. 219.

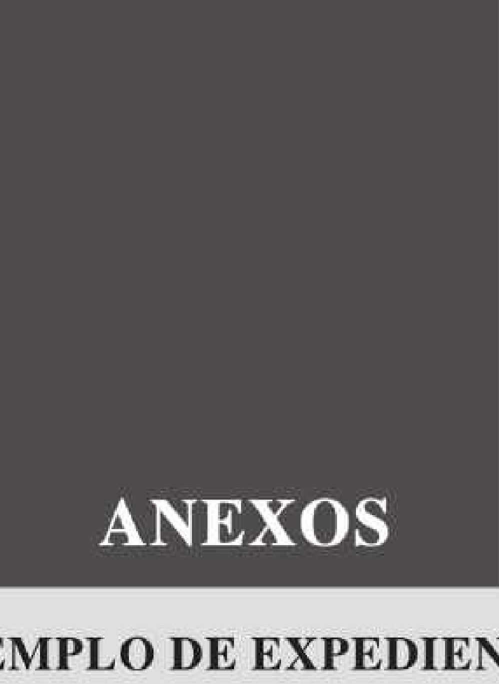
carecen de una adecuada capacitación lo que se traduce en un ejercicio de tipo empírico.

c) El ejercicio de la función conciliadora en sede administrativa no debe ser impedimento para generar una especialización en resolución de conflictos de consumidores a nivel de centros de conciliación extrajudiciales, lo que dependerá del Ministerio de Justicia en su condición de ente rector.

d) Debería subsumirse la regulación legal sobre mediación dentro de los alcances de la conciliación a fin de implementar dos sistemas de conciliación (administrativo y extrajudicial) que perfectamente podrían emplearse en la búsqueda de soluciones en favor de los consumidores, habida cuenta del vacío legal respecto de la forma en que se pueda implementar la mediación.

e) Las juntas arbitrales de consumo deben constituirse progresivamente por la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor en los gobiernos regionales y locales, pero existe mucho desconocimiento en estas entidades respecto de esta regulación legal y de la dinámica que envuelve al sistema de arbitraje de consumo, por lo que se sugiere una mayor difusión y coordinación con dichas instancias de gobierno (regional y local).

f) Si bien es cierto se concibe al sistema de arbitraje de consumo como una forma gratuita y voluntaria de solución de conflictos entre consumidores y proveedores, estos son puntos que deberán merecer un mejor análisis para poder lograr su implementación. Respecto de la gratuidad, si la idea es que el consumidor no asuma los costos de implementación del arbitraje, estimamos que la labor de los árbitros podría encomendarse a personal que labore para el Estado (de manera similar a los conciliadores extrajudiciales o los defensores de oficio que laboran para el Estado, y cuya remuneración es asumida previamente por aquel). Respecto de la voluntariedad para acceder al arbitraje de consumo, esto está relacionado con la adecuada difusión de las características y ventajas del sistema de arbitraje entre los consumidores, a fin de que tengan una solución a su controversia, situación que no se da siempre cuando se emplea la conciliación.



ANEXOS

EJEMPLO DE EXPEDIENTE CONCILIATORIO

CASO PRÁCTICO

CASA DE PAPEL

Napoleón Huamán es un profesor jubilado a quien su pensión no le alcanza para afrontar el creciente costo de vida. Vive solo en la casa que compró con su difunta esposa, una preciosa propiedad de dos pisos ubicada en una hermosa zona residencial. Aconsejado por un vecino, decide poner en alquiler el primer piso de su casa y generar una renta adicional a su magra pensión.

Para su suerte, hace seis meses conoce en una reunión social a **Juan Concha**, quien ha venido a realizar unos negocios en la ciudad y necesita alquilar un inmueble. Napoleón decide alquilarle el primer piso a Juan y suscriben un contrato de arrendamiento por un monto de US$ 150 mensuales que serían abonados en su cuenta del Banco de la Nación los días 20 de cada mes, pagándose en el acto de suscripción del contrato dos meses de adelanto y un mes de garantía. El contrato celebrado entre ambos establecía una duración forzosa de un año, con prohibición de subarrendar, así como el prorrateo en el pago de los servicios de agua y luz.

Como consecuencia de sus nuevos ingresos, hace poco más de un mes Napoleón decide realizar un largo viaje para visitar a unos parientes a quienes no veía hacía muchos años. El día que debía depositarse en su cuenta el monto del alquiler Juan no lo hizo, y a pesar de que Napoleón intentó comunicarse con él para saber el motivo de la demora no pudo localizarlo.

Hace unos diez días Napoleón regresó de viaje, y al intentar ingresar al segundo piso de su inmueble se dio con la sorpresa de que quien estaba viviendo en el primer piso era **Armando Paredes**, quien pensando que estaban intentando ingresar al inmueble para robar, casi golpea a Napoleón con un palo de escoba.

Superado este incidente, Napoleón se identifica como el propietario de la casa mostrando su título de propiedad y los recibos de servicios que están a su nombre, a lo cual Armando responde que eso no es cierto porque él había celebrado hace menos de un mes un contrato de alquiler con Juan Concha, quien, haciéndose pasar como propietario aprovechando la ausencia de Napoleón, había puesto un aviso en el diario poniendo en alquiler el primer piso del inmueble. Armando y Juan celebraron un contrato de arrendamiento por la suma de US$ 150 mensuales, habiéndose pagado un mes de adelanto y un mes de garantía.

Armando se considera estafado, razón por la cual y en tanto no se arregle la situación, no va a abonar arrendamiento alguno a nadie. Como era de esperarse Juan ha desaparecido y Napoleón está preocupado pues no está recibiendo pensión alguna, y encima tiene que soportar a un vecino incómodo que hace mucha bulla. Peor aún. Por esta razón solicita una conciliación para que Armando proceda a desalojar el inmueble inmediatamente.

MAYO 2017						
Domingo	**Lunes**	**Martes**	**Miércoles**	**Jueves**	**Viernes**	**Sábado**
	01 Solicitud →	02 Designación	03 →	04 Redacción y Notificación	05 (1)	06
07	08 (2)	09 (3)	10 Plazo Mínimo Audiencia (4)	11 (5)	12 (6)	13
14	15 Plazo Máximo Audiencia (7)	16	17	18	19	20
21	22	23	24 Plazo Máximo Nueva Sesión	25	26	27
28 04/07/2001	29	30	31			60

SOLICITUD DE CONCILIACIÓN

I. DATOS GENERALES

Fecha	:	01 de mayo de 2017.
Nombre del solicitante	:	Napoleón Huamán Huamán.
Documento de identidad	:	DNI N° 31128093.
Domicilio	:	Jr. Las Gaviotas N° 187, 2do piso, La Victoria, Lima.
Nombre del apoderado o representante	:	*No consigna.*
Domicilio del apoderado o representante	:	*No consigna.*
Nombre del invitado	:	Armando Paredes Díaz.
Domicilio del invitado	:	Jr. Las Gaviotas N° 187, 1er. Piso, La Victoria, Lima.

II. HECHOS QUE DIERON LUGAR AL CONFLICTO

Que, mi persona es propietario del inmueble, con el número y dirección arriba señalados, habiendo suscrito contrato de arrendamiento del primer piso de mi vivienda con el Señor Juan Concha Barba, en fecha 20 de marzo del presente año, cuyo alquiler es de US$150.00 Dólares, y que a la fecha no ha cumplido con el pago los meses de abril y mayo.

Al retornar hace una semana de un viaje que realice al interior del país, para mi gran sorpresa hallo en el primer piso de mi vivienda al invitado señor Armando Paredes Díaz, en lugar de mi inquilino Juan Concha Barba, con quien no pude entablar comunicación alguna.

Que, el señor Armando Paredes Díaz argumenta que hace menos de un mes suscribió un contrato de arrendamiento con el señor Juan Concha Barba, que considero no tiene valor legal al no ser este propietario de la vivienda y estar pactado expresamente el subarrendamiento en el contrato celebrado con aquel, hecho que he expresado al invitado a efectos que proceda a desocupar voluntariamente el inmueble de mi propiedad, siendo que ha hecho caso omiso a estos requerimientos al señalar que desea resolver su situación directamente con su supuesto arrendador, perjudicándome pues se ha negado a reconocer efectuarme algún tipo de pago por concepto de alquiler.

III. OTRAS PERSONAS CON DERECHO ALIMENTARIO

No corresponde.

IV. PRETENSIÓN

Que, al no tener ningún vínculo contractual con el señor Armando Paredes Díaz, solicito la restitución de la posesión de mi inmueble y que el invitado proceda a desocupar el inmueble de mi propiedad, siendo la materia a conciliar desalojo por ocupante precario.

V. FIRMA DEL SOLICITANTE

____

NAPOLEÓN HUAMÁN HUAMÁN
DNI. Nº 31128093

VI. DOCUMENTOS QUE ADJUNTO

1. Copia simple de mi DNI.
2. Copia simple del título de propiedad del inmueble de mi propiedad.
3. Copia simple de la partida registral de mi inmueble.
4. Copia simple recibos de pago de auto avalúo e impuesto predial.
5. Copia simple del contrato de arrendamiento, suscrito con el señor Juan Concha Barba.

ESQUELA DE DESIGNACIÓN DE CONCILIADOR

CENTRO DE CONCILIACIÓN "NUEVO CONCILIUM"

Autorizado su funcionamiento por Resolución Nº 0001-2017-JUS
Dirección: Pasaje Vizcarra Nº 100, Lima

EXP. Nº 01-2017

Señor Conciliador:

JULIUS LÓPEZ LÓPEZ

Conciliador Extrajudicial, con Registro Nº 22222

La presente tiene por objeto informarle que usted ha sido designado como conciliador en el caso solicitado por el señor Napoleón Huamán Huamán, invitando al señor Armando Paredes Díaz.

Para lo cual, de haber algún impedimento deberá abstenerse de actuar en la conciliación, poniendo en conocimiento las circunstancias que lo afecte, en el día de recibida la presente designación.

El expediente del caso es el Nº 01-2017, para que usted lo pueda revisar y encontrar en el archivo del centro de conciliación, siendo la materia a conciliar: Desalojo por ocupante precario.

Lima, 2 de mayo de 2017

____

WILLY WALKER RÍOS
Director del Centro

INVITACIÓN PARA CONCILIAR

(Para ambas partes)

CENTRO DE CONCILIACIÓN
"NUEVO CONCILIUM"

Autorizado su funcionamiento por Resolución N° 0001-2017-JUS

Dirección: Pasaje Vizcarra N° 100, Lima

EXP. N° 01-2017

Señores:

	Nombre o Razón Social	Dirección
Solicitante(s)	**Napoleón Huamán Huamán**	Jr. Las Gaviotas N° 187, 2do piso, La Victoria, Lima.
Invitado(s):	**Armando Paredes Díaz**	Jr. Las Gaviotas N° 187, 1er. Piso, La Victoria, Lima.

De mi especial estima:

Por medio de la presente, le invito a participar en una audiencia de conciliación que se realizará en el **Pasaje Vizcarra N° 100, Lima**, el día **Lunes 15 de mayo de 2017**, a horas **3:00 p.m.** (10 minutos de tolerancia), en la cual me permitiré asistirle en la búsqueda de una solución común al problema que tienen respecto del **desalojo de vivienda por ocupante precario**, de acuerdo con la copia simple de la solicitud de Conciliación y anexos que se le adjunta en la presente invitación.

> La conciliación extrajudicial es una institución consensual, es decir prima la voluntad de las partes para solucionar conflictos o divergencias, a través de un procedimiento ágil, flexible y económico, ahorrando el tiempo que les demandaría un proceso, y los mayores costos del mismo. Asimismo, no es necesaria la presencia de un abogado y de arribarse a acuerdos el acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución de conformidad con el artículo 18 de la Ley de Conciliación N° 26872, modificado por el artículo 1 del D.L. N° 1070.

Las partes deberán asistir a la reunión conciliatoria identificándose con documento de identidad y/o documento que acredite la representación, en el que se consigne literalmente la facultad de conciliar extrajudicialmente y de disponer del derecho materia de conciliación, entregando fotocopia del documento de identidad, copia notarialmente legalizada o certificada según sea el caso, al centro de conciliación. Las personas iletradas o que no puedan firmar deberán acercarse al centro de conciliación con un testigo a ruego.

Sin otro particular, quedo de usted.

Lima, 3 de mayo de 2017

JULIUS LÓPEZ LÓPEZ
Conciliador Extrajudicial
Registro N° 22222

CONSTANCIA DE ASISTENCIA E INVITACIÓN PARA CONCILIAR

CENTRO DE CONCILIACIÓN "NUEVO CONCILIUM"

Autorizado su funcionamiento por Resolución Nº 0001-2017-JUS

Dirección: Pasaje Vizcarra Nº 100, Lima

EXP. Nº 01-2017

En la ciudad de Andahuaylas, siendo las **3:00 pm** del día **15 de mayo de 2017**, ante mí Julius López López, en mi calidad de conciliador debidamente acreditado por el Ministerio de Justicia, mediante Registro Nº 22222; se presentó el solicitante don Napoleón Huamán Huamán, a efectos de llegar a un acuerdo conciliatorio con don Armando Paredes Díaz, siendo la materia a Conciliar Desalojo de vivienda por ocupante precario.

ASISTENCIA DE UNA DE LAS PARTES:

Siendo las 3:20 pm del día 15 de mayo de 2017 y luego de hacer los llamados respectivos solo se verificó la presencia de:

Napoleón Huamán Huamán (solicitante),

Habiendo no asistido el señor:

Armando Paredes Díaz (invitado).

SE SEÑALA NUEVA FECHA PARA LA REALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:

De conformidad con lo señalado por la Ley de Conciliación Nº 26872, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1070 y el Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS - Reglamento de la Ley de Conciliación, se convoca a una nueva sesión para la realización de la audiencia de conciliación para el día **24 de mayo de 2017**, a horas 3:00 pm, en las instalaciones del Centro de Conciliación "NUEVO CONCILIUM" ubicado en el Pasaje Vizcarra Nº 100, Lima, dándose por notificada la parte asistente.

______________________	______________________
JULIUS LÓPEZ LÓPEZ	**Napoleón Huamán Huamán**
Conciliador Extrajudicial	**Solicitante**
Registro Nº 22222	
(Firma, huella y sello)	*(Nombre, firma y huella)*

SEGUNDA INVITACIÓN PARA CONCILIAR

(Para la parte que no concurrió a la primera sesión)

CENTRO DE CONCILIACIÓN
"NUEVO CONCILIUM"

Autorizado su funcionamiento por Resolución Nº 0001-2017-JUS

Dirección: Pasaje Vizcarra Nº 100, Lima

EXP. Nº 01-2017

Señores:

	Nombre o Razón Social:	Dirección
Solicitante(s)	Napoleón Huamán Huamán	Jr. Las Gaviotas Nº 187, 2do piso, La Victoria, Lima.
Invitado(s):	Armando Paredes Díaz	Jr. Las Gaviotas Nº 187, 1er. Piso, La Victoria, Lima.

De mi especial estima:

Por medio de la presente, le reitero la invitación a participar en una audiencia de conciliación que se realizará en el **Pasaje Vizcarra Nº 100, Lima**, el día **miércoles 24 de mayo de 2017**, a horas **3:00 p.m.** (10 minutos de tolerancia), en la cual me permitiré asistirle en la búsqueda de una solución común al problema que tienen respecto del **desalojo de vivienda por ocupante precario**, de acuerdo con la copia simple de la solicitud de conciliación y anexos que se le adjuntó en la primera invitación.

> La conciliación extrajudicial es una institución consensual, es decir prima la voluntad de las partes para solucionar conflictos o divergencias, a través de un procedimiento ágil, flexible y económico, ahorrando el tiempo que les demandaría un proceso, y los mayores costos del mismo. Asimismo, no es necesaria la presencia de un abogado y de arribarse a acuerdos el acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución de conformidad con el artículo 18 de la Ley de Conciliación Nº 26872, modificado por el artículo 1 del D.L. Nº 1070.

Las partes deberán asistir a la reunión conciliatoria identificándose con documento de identidad y/o documento que acredite la representación, en el que se consigne literalmente la facultad de conciliar extrajudicialmente y de disponer del derecho materia de conciliación, entregando fotocopia del documento de identidad, copia notarialmente legalizada o certificada según sea el caso, al centro de conciliación. Las personas iletradas o que no puedan firmar deberán acercarse al centro de conciliación con un testigo a ruego.

Sin otro particular, quedo de usted.

Lima, 15 de mayo de 2017

____

JULIUS LÓPEZ LÓPEZ
Conciliador Extrajudicial
Registro Nº 22222

ACTA DE CONCILIACIÓN
Nº 01-2017

CENTRO DE CONCILIACIÓN
"NUEVO CONCILIUM"

Autorizado su funcionamiento por Resolución Nº 0001-2017-JUS.
Dirección: Pasaje Vizcarra Nº 100, Lima

EXP. Nº 01-2017

En la ciudad de Lima, distrito de Lima, siendo las 3:00 pm del día **24 del mes de mayo del año 2017**, ante mí **Julius López López**, identificado con Documento Nacional de Identidad Nº 12345678 en mi calidad de Conciliador Extrajudicial debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia con Registro Nº 22222 y registro de especialidad en asuntos familiares Nº 2222, se presentaron con el objeto que les asista en la solución de su conflicto, la parte solicitante **Napoleón Huamán Huamán,** identificado con Documento Nacional de Identidad Nº 31128093, con domicilio en Jr. Las Gaviotas Nº 187, segundo piso, distrito de La Victoria, Provincia de Lima; y la parte invitada **Armando Paredes Díaz,** identificado con Documento Nacional de Identidad Nº 24029821, con domicilio en Jr. Las Gaviotas Nº 187, primer piso, distrito de La Victoria, Provincia de Lima; con el objeto de que les asista en la solución de su conflicto.

Iniciada la audiencia de conciliación se procedió a informar a las partes sobre el procedimiento conciliatorio, su naturaleza, características fines y ventajas. Asimismo se señaló a las partes las normas de conducta que deberán observar.

HECHOS EXPUESTOS EN LA SOLICITUD

De acuerdo a lo señalado en la solicitud de conciliación que forma parte integrante de la presente acta.

DESCRIPCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS

1. El solicitante pide la restitución de la posesión del primer piso del inmueble de su propiedad ocupado por el invitado, y que el invitado proceda a desocupar el inmueble al tener la condición de poseedor precario **(pretensión determinada)**.
2. El invitado solicita que se le reconozca las mejoras necesarias que ha efectuado en el inmueble que viene poseyendo **(pretensión determinable)**.

ACUERDO CONCILIATORIO TOTAL

Considerando los hechos señalados y las propuestas formuladas por las partes, se conviene en celebrar un Acuerdo en los siguientes términos:

Primero.- Ambas partes acuerdan que el invitado, señor Armando Paredes Díaz, se compromete a restituir la posesión del inmueble ubicado en Jr. Las Gaviotas Nº 187, primer piso, distrito de La Victoria, Provincia de Lima, a favor del solicitante Napoleón Huamán Huamán.

Segundo.- La fecha de restitución de la posesión mediante la entrega del inmueble al solicitante por parte del invitado será el día viernes 30 de junio de 2017, fecha en la que hará entrega física del inmueble junto con las llaves, previa verificación de las condiciones de entrega, comprometiéndose el invitado a entregar el inmueble en adecuadas condiciones, salvo el deterioro normal por el uso del bien.

Tercero.- El solicitante se compromete a reconocer las mejoras necesarias efectuadas por el invitado en el inmueble que viene ocupando. En mérito del reconocimiento de esas mejoras, permitirá que el invitado continúe en la posesión del primer piso del inmueble hasta el día viernes 30 de junio de 2017 sin efectuar ningún cobro por concepto de alquileres, salvo el pago de los servicios de agua y luz, que serán prorrateados en partes iguales entre el solicitante y el invitado.

VERIFICACIÓN DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS

En este acto, Rómulo Remo Cachay, con Registro del C.A.L. N° 99000, abogado de este centro de conciliación procedió a verificar la legalidad de los acuerdos adoptados por las partes conciliantes, dejándose expresa constancia que conocen, que de conformidad con el artículo 18 de la Ley de Conciliación N° 26872, modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1070, concordado con el artículo 688 Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, Decreto Legislativo N° 768, modificado por el Decreto Legislativo N° 1069, el acta de este acuerdo conciliatorio constituye Título Ejecutivo.

Leído el texto, los conciliantes manifiestan su conformidad con el mismo, siendo las 4:15 pm horas del día 24 del mes de mayo del año 2017, en señal de lo cual firman la presente Acta N° 01-2017, la misma que consta de 2 páginas.

____

JULIUS LÓPEZ LÓPEZ
Conciliador Extrajudicial
Registro N° 22222
(Firma y huella del Conciliador)

____

NAPOLEÓN HUAMÁN HUAMÁN
DNI N° 31128093
(Nombre, firma y huella del solicitante)

____

RÓMULO REMO CACHAY
ABOGADO
Reg. C.A.L. N° 99000
(Firma y huella del Abogado)

____

ARMANDO PAREDES DÍAZ
DNI N° 24029821
(Nombre, firma y huella del invitado)

ÍNDICE GENERAL

Prefacio 5

CAPÍTULO I

ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE CONCILIAR EXTRAJUDICIALMENTE UN CONFLICTO NO EXTERIORIZADO EN VÍA DE PREVENCIÓN

I. Introducción 13
II. Sobre la dinámica propia del conflicto 15
1. El conflicto 15
2. Espectro del conflicto 17
3. Proceso del conflicto 19
III. ¿La solicitud de conciliación extrajudicial es idéntica a una demanda judicial (o visceversa)? 22
IV. Naturaleza de los documentos relacionados con el conflicto: son anexos y no medios probatorios 24
V. ¿Será exigible siempre acreditar el conflicto? 27
1. Conflictos sin documentación sustentadora 28
2. Formalización de acuerdos 29
3. Pretensiones determinables 30
4. Otros supuestos de prevención 31
VI. Posición del Ministerio de Justicia 32
VII. Conclusiones 34

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y NORMATIVA DE LA CONCILIACIÓN EN EL PERÚ

I. Delimitación conceptual 39
II. Etimología y definición 40
III. Antecedentes y evolución histórica 44
IV. Evolución normativa de la conciliación en el Perú 46
1. Regulación a nivel constitucional 46
2. Regulación a nivel procesal 50
3. A nivel legislativo 59
V. Conclusiones 61

CAPÍTULO III

LA COINCIDENCIA DE OBJETIVOS ENTRE EL EMPLEO DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA COMO FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

I. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva 67
II. El servicio de administración de justicia 68
III. El monopolio estatal judicial 69
IV. La desmonopolización del servicio de justicia 71
V. Los medios alternativos de resolución de conflictos 74
VI. Clasificación de los medios alternativos de solución de conflictos. 77
  1. Autocomposición 77
  2. Heterocomposición 81
VII. La conciliación extrajudicial 84
VIII. Conclusión 87

CAPÍTULO IV

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

I. Introducción 91
II. Concepto 93
III. Origen y alcance del principio de la autonomía de la voluntad 95
  1. Origen histórico 95
  2. Origen filosófico 99
IV. Contenido 102
  1. La libertad de contratar 102
  2. La libertad contractual 103
V. Límites 103
VI. El principio de la autonomía de la voluntad en la conciliación extrajudicial 106
  1. Libertad para optar por el medio de resolución de conflictos más adecuado. 108
  2. Libertad de concurrir al procedimiento conciliatorio 112
  3. Solución del conflicto por propia voluntad de las partes 114
  4. Límites al poder de solucionar los conflictos 115
  5. Cumplimiento de las formalidades del acta 116
VII. Conclusiones 116

CAPÍTULO V

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL Y EL ACTO JURÍDICO

I. ¿Acto jurídico o institución jurídica? 121

	1. El acto jurídico	121
	2. Elementos esenciales	122
	3. Institución jurídica	124
II.	Una denominación menos confusa	125
	1. El acuerdo conciliatorio es acto jurídico	126
	2. La serie de actos es procedimiento conciliatorio	126
	3. El conjunto de normas es institución jurídica	126
III.	Función no jurisdiccional	127

CAPÍTULO VI

LA VIGENTE –Y COMPLICADA– REGULACIÓN DE LAS MATERIAS CONCILIABLES EN LA LEY DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

I.	Introducción	133
II.	Conceptos fundamentales	134
	1. Pretensión determinada	135
	2. Pretensión determinable	136
	3. Derechos disponibles	140
III.	Materias conciliables obligatorias	143
	1. Derechos disponibles	144
	2. Derecho de Familia	146
	3. Derecho Laboral	148
	4. Conciliación con el Estado	151
IV.	Materias conciliables facultativas	152
	1. Procesos de ejecución	153
	2. En los procesos de tercería	154
	3. En los procesos de prescripción adquisitiva de dominio	155
	4. En el retracto	156
	5. Cuando se trate de convocatoria a asamblea general de socios o asociados	156
	6. En los procesos de impugnación judicial de acuerdos de junta general de accionistas, así como en los procesos de acción de nulidad regulados por la Ley General de Sociedades	156
	7. En los procesos de indemnización derivado de la comisión de delitos y faltas y los provenientes de daños en materia ambiental	157
	8. En los procesos contencioso-administrativos	157
	9. En los temas derivados del Derecho de Familia	158
	10. En los procesos de indemnización interpuestos por la Contraloría General de la República	158
	11. Conciliación previa al arbitraje	159
V.	Materias conciliables improcedentes	159
	1. Cuando se desconoce el domicilio de la parte invitada	160
	2. Si la parte emplazada domicilia en el extranjero	161
	3. Cuando se trate de derechos y bienes de incapaces	161

4. Procesos cautelares 162
5. Procesos de garantías constitucionales 163
6. En los procesos de nulidad, ineficacia y anulabilidad de acto jurídico 164
7. En la petición de herencia, cuando en la demanda se incluye la solicitud de declaración de heredero 165
8. Violencia familiar 166
9. Otros casos de desalojo 169
10. Delitos o faltas 169
11. Procesos no contenciosos 170

CAPÍTULO VII

ANÁLISIS CRÍTICO EN TORNO AL RECORRIDO QUE PRESENTA EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

I. ¿Procedimiento o proceso? 175
II. Inicio del procedimiento 176
1. La solicitud de conciliación 176
2. Competencia territorial 185
3. Trámite de la solicitud 193
III. Del emplazamiento 199
1. Las invitaciones para conciliar 199
2. Redacción de la invitación y su notificación 201
3. Contenido de las invitaciones 203
IV. La audiencia de conciliación 204
1. Plazo de inicio 204
2. Plazo de realización 206
3. La apertura dialogada (monólogo) 207
4. Sesiones conjuntas y privadas 208
5. Concurrencia de las partes 210
6. Participación de terceros (asesores, especialistas y testigos a ruego) 212
7. Desarrollo de la audiencia 213
V. Conclusión del procedimiento de conciliación 214
1. Acuerdo total de las partes 214
2. Acuerdo parcial de las partes 215
3. Falta de acuerdo entre las partes 215
4. Inasistencia de una parte a dos sesiones 215
5. Inasistencia de ambas partes a una sesión 215
6. Decisión debidamente motivada del conciliador en audiencia efectiva, por advertir violación a los principios de la conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a firmar el acta de conciliación 215
VI. Reflexión final 216

CAPÍTULO VIII

ACERCA DEL EFECTO DE COSA JUZGADA DE LAS ACTAS DE CONCILIACIÓN

I. Introducción 221
II. La cosa juzgada 222
III. Características de la cosa juzgada 223
1. Autoridad de cosa juzgada 224
2. Eficacia de la cosa juzgada 224
IV. Clases de cosa juzgada 225
1. Cosa juzgada formal 226
2. Cosa juzgada material 226
V. Los efectos de cosa juzgada 226
1. Con la relación procesal 228
2. Con la defensa 228
3. Con el valor del acta 228
VI. La aplicación del artículo 339 del CPC no afecta la calidad de cosa juzgada de una sentencia 229
VII. El principio de revisión de derechos como oposición a la cosa juzgada 230
VIII. Conclusiones 231

CAPÍTULO IX

EL EMPLEO DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO FORMA ESPECIAL DE CONCLUSIÓN DE UN PROCESO CIVIL

I. Introducción 235
II. Regulación originaria: empleo exclusivo de la conciliación procesal como forma especial de conclusión de un proceso civil 236
III. El vigente régimen dual de la conciliación procesal y extrajudicial como formas especiales de conclusión del proceso civil 238
IV. De la homologación de la conciliación extrajudicial y el cumplimiento del artículo 325 del Código Procesal Civil 240
V. El control jurisdiccional y la homologación 242
VI. Correlación con el derecho en litigio 242
VII. De los acuerdos parciales 244
1. Acuerdos parciales sobre las pretensiones pero no sobre los sujetos 244
2. Intervención de terceros 245
VIII. Conclusiones 247

CAPÍTULO X

PANORAMA GENERAL SOBRE EL MÉRITO EJECUTIVO DE LAS ACTAS DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

I. Introducción 251
II. Clasificación de las acciones: de cognición, ejecutivas y cautelares 253
III. El valor del acta de conciliación 256
1. Las actas de conciliación con acuerdo son títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial 257
2. Las actas de conciliación sin acuerdo son requisitos de procedibilidad 258
IV. Requisitos de validez del acta 260
1. Número correlativo 261
2. Número de expediente 261
3. Lugar y fecha en la que se suscribe el acta 261
4. Nombres, número del documento oficial de identidad y domicilio de las partes o de sus representantes 261
5. Nombre y número de documento oficial de identidad del conciliador 262
6. Número de registro y, de ser el caso, registro de especialidad del conciliador 262
7. Los hechos expuestos en la solicitud de conciliación y, en su caso, los hechos expuestos por el invitado como sustento de su probable reconvención, así como la descripción de la o las controversias correspondientes en ambos casos 263
8. El acuerdo conciliatorio, sea total o parcial, estableciendo de manera clara y precisa los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles acordadas por las partes; o, en su caso, la falta de acuerdo, la inasistencia de una o ambas partes a la audiencia o la decisión debidamente motivada de la conclusión del procedimiento por parte del conciliador 264
9. Firma y huella digital del conciliador, de las partes intervinientes o de sus representantes legales, de ser el caso 265
10. Nombre, registro de colegiatura, firma y huella del abogado del centro de conciliación, quien verificará la legalidad de los acuerdos adoptados, tratándose del acta con acuerdo sea este total o parcial 265
11. Participación de testigos a ruego 266
12. Prohibición de incluir las propuestas o la posición de las partes 267
13. Otros requisitos de validez del acta 267
V. Clasificación de los requisitos de validez del acta 267
1. Requisitos no esenciales de validez 268
2. Requisitos esenciales de validez 268
VI. Formatos oficiales 269
VII. Formas de conclusión del procedimiento y tipos de actas 269
1. Acuerdo total de las partes 270
2. Acuerdo parcial de las partes 270
3. Falta de acuerdo entre las partes 270
4. Inasistencia de una parte a dos sesiones 271

5. Inasistencia de ambas partes a una sesión 271
6. Decisión debidamente motivada del conciliador en audiencia efectiva, por advertir violación a los principios de la conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a firmar el acta de conciliación 271
VIII. ¿Es posible la subsanación o la convalidación de la ausencia de los requisitos esenciales de validez del acta? 272
IX. Consecuencias procesales de la falta de subsanación de los requisitos esenciales de validez 274
X. ¿Cuál es el juez competente para la ejecución de las actas de conciliación extrajudicial con mérito ejecutivo? 278
XI. Eficacia de las actas que contienen acuerdos conciliatorios pactados de manera condicionada 282
XII. La "nulidad documental" afecta solamente al acta de conciliación pero no al acto jurídico contenido en ella 284
XIII. Conclusiones 287

CAPÍTULO XI

LOS CENTROS DE CONCILIACIÓN

I. Objeto 291
II. Constitución de un centro de conciliación 291
1. Solicitud 292
2. Requisitos comunes de la solicitud 293
3. Trámite de la solicitud 295
4. Registro Nacional Único de centros de conciliación 296
III. Órganos del centro de conciliación 296
1. Director del centro de conciliación 297
2. Secretaría general 299
3. Secretarías delegadas 301
4. Conciliadores 302
5. Abogado del centro 302
IV. Tarifas de los centros de conciliación 303
1. Base legal 304
2. Honorarios del conciliador 305
3. Gastos administrativos 307
V. Modelo de constitución de un centro de conciliación 308

CAPÍTULO XII

LOS CONCILIADORES EXTRAJUDICIALES

I. Objeto de estudio 321
II. Concepto 321

III. Requisitos 322
1. Cualquier persona puede ser conciliador extrajudicial 322
2. Se requiere de un proceso previo de formación y capacitación 324
3. Es necesario un reconocimiento por parte de la autoridad 325
4. Se debe formar parte de un centro de conciliación 327
IV. Acreditación 327
V. Funciones y obligaciones 328
1. Libertad de acción 331
VI. Clases 332
VII. Principios éticos 335
1. Equidad 338
2. Veracidad 338
3. Buena fe 339
4. Confidencialidad 339
5. Imparcialidad y neutralidad 343
6. Legalidad 343
7. Celeridad y economía 344
8. Empoderamiento o simetría de poder 344

CAPÍTULO XIII

RÉGIMEN DE SANCIONES PARA CONCILIADORES Y CENTROS DE CONCILIACIÓN

I. Antecedentes 349
II. Base legal 352
III. Entidad competente 353
IV. Los operadores del sistema conciliatorio 354
V. Acerca del procedimiento de supervisión 354
1. El procedimiento de supervisión 355
2. Facultades de los supervisores 356
3. Obligaciones de los supervisores 358
4. De la obstrucción o abandono de la diligencia de supervisión 359
VI. El procedimiento sancionador 360
1. Principios de la potestad sancionadora 360
2. Definición de infracción y sanción 361
3. Del inicio del procedimiento sancionador 362
4. De la inadmisibilidad e improcedencia de la denuncia 363
5. De la apertura de procedimiento sancionador 364
6. Del emplazamiento al infractor 364
7. De la investigación y actuación probatoria 364
8. De la emisión de la resolución que da por finalizado el procedimiento sancionador 365

VII. De las sanciones 365
1. De los tipos de sanción 365
2. De la prescripción 367
3. De las infracciones sancionadas con amonestación escrita 368
4. De las infracciones sancionadas con multa 369
5. Infracciones sancionadas con suspensión 372
6. Faltas sancionadas con cancelación del registro 375
7. Faltas sancionadas con desautorización definitiva 375
VIII. De los recursos impugnatorios 377
1. Del recurso de reconsideración 377
2. Del recurso de apelación 377
IX. De la entrega de acervo documentario 377

CAPÍTULO XIV

BREVE PARALELISMO ACERCA DE LA INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS EN EL PROCESO JUDICIAL Y EN EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

I. Introducción 381
II. Perspectiva desde el proceso civil 382
1. Las partes procesales: demandante y demandado 382
2. Los sujetos procesales 383
3. Clases de intervención de terceros en el proceso civil 387
III. Perspectiva desde el procedimiento conciliatorio 394
1. Los sujetos procedimentales: conciliador, solicitante e invitado 394
2. Concurrencia personal de las partes y casos de representación 396
3. La participación de otros sujetos procedimentales en el procedimiento conciliatorio 398
IV. Conclusiones 409

CAPÍTULO XV

SUGERENCIAS PARA SUPERAR EL DEFICIENTE TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA REPRESENTACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

I. Introducción 413
II. La representación 414
III. El apoderado judicial 415
IV. De la obligatoriedad de concurrencia personal al procedimiento conciliatorio 417
V. La representación en el procedimiento conciliatorio 419

1. Regla general: concurrencia personal 419
2. Excepciones a la regla de la concurrencia personal 419
3. Requisitos del poder 420
VI. Propuestas para la unificación del régimen de la representación 422

CAPÍTULO XVI

ACERCA DE MATRIMONIOS, UNIONES DE HECHO Y CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN TEMAS DE FAMILIA

I. Derechos derivados del vínculo conyugal 427
II. Del régimen patrimonial del matrimonio 428
1. El régimen de sociedad de gananciales 429
2. El régimen de separación de patrimonios 429
3. La liquidación de la sociedad de gananciales 429
III. Las uniones de hecho 431
1. Derechos derivados de una unión de hecho 432
2. Derechos sucesorios 433
IV. La conciliación en temas de derecho familiar 434
1. La facultatividad de la conciliación familiar 434
2. Las materias conciliables en temas de familia 435
3. Temas que no pueden ser objeto de conciliación extrajudicial 437
V. Conveniencia del empleo de la conciliación familiar 439

CAPÍTULO XVII

LA POSIBILIDAD DE INCURRIR EN OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR POR INCUMPLIMIENTO DE ACUERDOS CONCILIATORIOS SOBRE ALIMENTOS

I. Introducción 443
II. El derecho constitucional a no sufrir prisión por deudas y el incumplimiento de deberes alimentarios como excepción 444
1. El precepto constitucional "no hay prisión por deudas" 444
2. El tipo penal de omisión de prestación de alimentos 445
III. La pensión de alimentos 447
1. Formas de establecerse la pensión de alimentos 447
2. Sujetos obligados a prestar alimentos 448
IV. La conciliación extrajudicial como mecanismo alternativo de resolución de conflictos familiares 449
1. La facultatividad de la conciliación familiar 449
2. El mérito ejecutivo de las actas de conciliación extrajudicial 450

	3. Los alimentos como materia conciliable	452
	4. El principio de revisión de derechos	453
V.	¿El incumplimiento de un acta de conciliación puede configurar la comisión del delito de omisión de prestación de alimentos?	455
	1. ¿El acta es igual a una sentencia?	455
	2. Finalidad del proceso de ejecución.	455
	3. Trámite de la omisión de prestación de alimentos	456
VI.	Conclusiones	459

CAPÍTULO XVIII

ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INCORPORADAS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL POR LA LEY Nº 30293 Y SU INCIDENCIA EN LA CONCILIACIÓN *INTRA PROCESO*

I.	Introducción	463
II.	La evolución del tratamiento normativo de la conciliación procesal	464
	1. Tratamiento originario: conciliación procesal obligatoria	464
	2. Conciliación procesal facultativa, por modificación del Decreto Legislativo Nº 1070	466
III.	Modificaciones incorporadas por la Ley Nº 30293	470
	1. Nueva fórmula legal del artículo 324 del Código Procesal Civil	470
	2. Las nuevas relaciones entre los sistemas conciliatorios preprocesal obligatoria para las partes, procesal facultativa de las partes y facultativa del juez	471
IV.	La conciliación en el proceso de separación de cuerpos y divorcio	474
V.	Conclusiones	476

CAPÍTULO XIX

EL NUEVO MARCO NORMATIVO A EMPLEARSE EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CON EL ESTADO

I.	Introducción	481
II.	La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en procesos civiles	482
III.	La regulación excepcional incorporada por Ley Nº 30514	483
IV.	El Decreto Legislativo Nº 1326 y la reestructuración del sistema de defensa jurídica del Estado	485
V.	El Decreto Legislativo Nº 1341 que modifica la Ley de Contrataciones con el Estado	488
VI.	Conclusiones	492

CAPÍTULO XX

ACERCA DE LA COLISIÓN NORMATIVA EXISTENTE EN LA DIRECTIVA QUE REGULA EL ACCIONAR DE LOS OPERADORES DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

I. La colisión normativa producida por la directiva aprobada mediante resolución directoral 495
II. Opciones de solución frente a un caso de colisión normativa 496
III. Algunos casos de colisión normativa contenidos en la directiva 499
1. Alimentos a hijos no reconocidos 499
2. Imposibilidad de conciliar conflictos familiares establecidos previamente en sede judicial 501
3. Imposibilidad de conciliar un laudo arbitral 503
4. Ilegalidad de las "excepciones a la regla" en caso de declaración de improcedencia de una demanda 504
5. Representación 506
6. Nuevas causales de reprogramación de audiencia 506
7. Desistimiento y conclusión del procedimiento con informe 507
8. Obligación de crear nuevos libros de asistencia y entrega de copias 509
IV. Conclusiones 510

CAPÍTULO XXI

LA CONCILIACIÓN Y EL ARBITRAJE DE CONSUMO COMO FORMAS DE TUTELA DEL CONSUMIDOR EN EL PERÚ

I. La tutela del consumidor 513
II. El arbitraje de consumo 518
III. La conciliación 524
IV. Mediación 529
V. Conclusiones 533

ANEXOS

EJEMPLO DE EXPEDIENTE CONCILIATORIO

- Caso práctico 537
- Solicitud de conciliación 539
- Esquela de designación de conciliador 541
- Invitación para conciliar 542
- Constancia de asistencia e invitación para conciliar 543
- Segunda invitación para conciliar 544
- Acta de conciliación N° 01-2017 545

Índice general 547



LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

PROBLEMAS MÁS FRECUENTES Y SOLUCIONES

El marco normativo que regula la conciliación extrajudicial en el Perú, que ya cuenta con veinte años de vigencia, ha sufrido una serie de modificaciones que han influenciado tanto en su aplicación por parte de los operadores así como en el cumplimiento de los objetivos inicialmente previstos por el legislador.

En esta obra se realiza un amplio análisis de la problemática legal que se presenta como consecuencia de la aplicación de las normas que regulan el accionar de operadores de la conciliación extrajudicial, así como los diferentes aspectos sobre la materia que deben afrontar tanto los abogados como los jueces. Los diversos capítulos abordan una serie de temas de interés teórico y práctico realmente importantes que van desde el análisis de las materias conciliables hasta la dinámica propia del procedimiento conciliatorio, entre otros temas de sumo interés.

ISBN: 978-612-311-500-5



UNA PUBLICACIÓN DEL GRUPO
GACETA JURÍDICA